



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO- DOUTORADO

TESE

**A VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA AO SENTIDO
IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Doutorando: João Luiz Martins Esteves

Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2015

João Luiz Martins Esteves

**A VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA AO SENTIDO
IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Esteves, João Luiz Martins

A vinculação hermenêutica ao sentido ideológico do
comando político-jurídico da constituição brasileira / João
Luiz Martins Esteves ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori - Florianópolis, SC, 2015.
268 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito constitucional - Hermenêutica
constitucional - Teoria do Direito - Teoria do Estado. I.
Cademartori, Luiz Henrique Urquhart . II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

João Luiz Martins Esteves

**A VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA AO SENTIDO
IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito
(Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

Florianópolis, 12 de março de 2015.

À Eliane, à Bruna e à Fernanda

*Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim.
Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.*

Ulisses Guimarães, no discurso em que declarou promulgada a Constituição brasileira em 1988.

RESUMO

O trabalho identifica que no Brasil, no âmbito do direito, se interpreta e se decide com a utilização da dogmática *juspositivista* ao lado da ponderação de princípios valorativos. Em oposição ao sincretismo metodológico propõe a adoção de uma teoria jurídica coadunada ao tipo de Estado constitucional existente no Brasil. Analisa o *juspositivismo* e o *principialismo* quanto à possibilidade destes campos teóricos atenderem a expectativa relacionada à necessidade de uma teoria jurídica que possibilite a realização do *comando político-jurídico* da Constituição brasileira a partir do reconhecimento de seu sentido ideológico. Em contraposição ao *juspositivismo normativista* e ao *principialismo*, percebe no *juspositivismo crítico* albergado no *garantismo* uma teorização que, apesar de nela ainda serem constatadas insuficiências, se apresenta como raiz teórica ajustada ao exercício de formação de uma teoria jurídica de interpretação adequada ao dever de cumprimento do *comando político-jurídico* emanado da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Hermenêutica. Comando político-jurídico. Constituição.

ABSTRACT

This article identifies that in Brazil, in the ambit of Law, its interpretation and decisions are made using the dogmatic *juspositivism*, sided with the weighing of evaluative principles. Opposed to methodological syncretism, proposes the adoption of a legal theory coalesced with the existing type of the national Constitution. Also, analyzes the *juspositivism* and *principialism* as to the possibilities of these theoretical fields to attend the expectative linked to the necessity of a legal theory, that enables the materialization of the *political and legal command* in the Brazilian Constitution, from the recognition of its ideological sense. In contraposition to the *normativistic juspositivism* and *principialism*, is perceived in the critical *juspositivism*, harbored in the garantism, a theorization that, despite insufficiencies that still can be found in it, presents itself as the theoretic roots adjusted to the formation exercise of a legal interpretation, suitable and in observance to the *political and legal command* emanated from the Brazilian Constitution.

Keywords: Hermeneutic. Political and legal command. Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 - AS TEORIAS JURÍDICAS NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLÍTICO- JURÍDICO DAS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO	25
1.1 A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL E A CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DO LIBERALISMO.....	26
1.2 O LIBERALISMO COMO MECANISMO DE GARANTIA DO INDIVIDUALISMO.....	32
1.3 A CRISE DO INDIVIDUALISMO, A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	36
1.4 O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL E SUAS RESPECTIVAS CONCEPÇÕES DE ESTADO	40
1.4.1 A Reconfiguração do <i>Estado Constitucional</i> como Arranjo Dogmático Insuficiente	44
1.4.1.1 A classificação de Zagrebelsky	45
1.4.1.2 A Classificação de Pérez Luño	49
1.5 AS CONCEPÇÕES LIBERAL E SOCIAL DE ESTADO NA DEFINIÇÃO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DAS CONSTITUIÇÕES	55
1.6 AS TEORIAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLÍTICO- JURÍDICO	62
1.6.1 O Caráter Ideológico das Teorias Jurídicas	64
1.6.2 As Teorias Jurídicas na Realização do Comando Político-Jurídico das Constituições.....	67
1.6.3 As Teorias Jurídicas sob a Perspectiva das Concepções de Estado.....	69
CAPÍTULO 2 - A TEORIA JURÍDICA ADEQUADA ÀS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO	73

2.1	O JUSNATURALISMO E A ESCOLA DA EXEGESE COMO INSTRUMENTOS DO LIBERALISMO ILUMINISTA	73
2.2	A ESCOLA HISTÓRICA COMO OPOSIÇÃO AO LIBERALISMO ILUMINISTA	78
2.3	O CIENTIFICISMO NO DIREITO A PARTIR DA CRISE DO LIBERALISMO	79
2.3.1	O Juspositivismo formal da <i>Jurisprudência dos</i> <i>Conceitos</i> como Reparadora do Liberalismo	80
2.3.2	As Teorias Jurídicas de Enfrentamento ao Liberalismo e ao Juspositivismo Formal	84
2.3.2.1	A jurisprudência dos interesses	84
2.3.2.2.	O movimento para o direito livre	85
2.3.2.3	A livre investigação científica	85
2.3.3	A Resistência da Concepção Liberal de Estado e o Juspositivismo Normativista de Kelsen	87
2.3.3.1	Ciência e ideologia	92
2.3.3.2	Direito e ciência	94
2.3.3.3	Direito e ideologia	99
2.4	O JUSPOSITIVISMO NORMATIVISTA COMO INSTRUMENTO DA CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO	102
2.4.1	O Juspositivismo Normativista frente à Constituição Liberal	103
2.4.2	O Escalonamento de Normas e a Jurisdição Constitucional	105
2.4.3	O Conceito de Constituição e a Fenomenologia Normativa	111

CAPÍTULO 3 - A TEORIA JURÍDICA ADEQUADA ÀS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA CONCEPÇÃO SOCIAL DE ESTADO

3.1	O JUSPOSITIVISMO NORMATIVISTA FRENTE À CONSTITUIÇÃO SOCIAL	119
3.2	O PRINCIPALISMO FRENTE ÀS CONSTITUIÇÕES	123
3.2.1	O Principalismo de Ronald Dworkin	128
3.2.2	O Principalismo de Robert Alexy	131

3.2.3	O Principialismo de Atienza e Manero	137
3.2.4	As Possibilidades do Principialismo	143
3.3	O POSITIVISMO CRÍTICO DE FERRAJOLI (GARANTISMO) FRENTE ÀS CONSTITUIÇÕES.....	149
3.3.1	O Garantismo Frente ao Juspositivismo Normativista	151
3.3.2	O Garantismo Frente ao Principialismo	168
3.3.2.1	O caráter deôntico dos direitos fundamentais e diretrizes.....	171
3.3.2.2	A (in)compatibilidade entre direitos fundamentais	177
3.3.2.3	Os espaços de discricionariade dos direitos fundamentais e diretrizes.....	182

CAPÍTULO 4 - O COMANDO POLÍTICO- JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEU SENTIDO IDEOLÓGICO

4.1	AS DIRETRIZES DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	194
4.2	O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	198
4.3	OS MECANISMOS DE GARANTIA DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	201
4.4	O SENTIDO IDEOLÓGICO DO <i>COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO</i> DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E SUAS FUNÇÕES	207

CAPÍTULO 5 - UMA TEORIA JURÍDICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....

5.1	O PRINCIPIALISMO E SEUS LIMITES FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	220
5.2	AS VIRTUDES DO GARANTISMO FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	225
5.3	AS INSUFICIÊNCIAS DO GARANTISMO FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	229
5.4	A VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA AO SENTIDO IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO- JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	239

5.4.1	Os Contornos Paradigmáticos da Vinculação Hermenêutica ao Sentido Ideológico do Comando Político-Jurídico da Constituição	245
	CONCLUSÃO.....	251
	REFERÊNCIAS.....	261

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa obter o grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina na linha de pesquisa de *conhecimento crítico, historicidade subjetividade, multiculturalismo* da área de concentração em *Direito, Estado e Sociedade*.

Para cumprir essa tarefa, a pesquisa levou em consideração o projeto apresentado e aceito pelo professor orientador e pela banca examinadora, em condições de desenvolvimento, cujo tema envolveu a vinculação ideológica do comando político-jurídico da Constituição Brasileira de 1988.

Apresentamos como problema a ser enfrentado o fato de que, na jurisprudência brasileira, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em ações judiciais que dizem respeito aos direitos fundamentais, é possível constatar, não somente na literatura jurídica, mas também em decisões judiciais a utilização de métodos de interpretação e aplicação do direito, que são divergentes. São identificáveis decisões que realizam interpretação constitucional utilizando-se da dogmática *juspositivista* ao lado de decisões em que é utilizada a ponderação de valores como técnica de resolução de conflitos, sendo ainda comum a não adoção de qualquer modelo paradigmático de interpretação do direito¹.

Esta situação imediatamente coloca em destaque o questionamento sobre se existe um modelo teórico, mais adequado que outros, para realizar a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais ou se é aceitável permitir que a Constituição seja interpretada e aplicada sem qualquer critério teórico.

Para responder a isto partimos de um entendimento preliminar e derivado de um raciocínio lógico, o qual identificamos como hipótese do trabalho, de que, ao contrário do que vem ocorrendo, a Constituição não pode ser interpretada livremente e que as constituições diferentes, bem como os sistemas jurídicos a elas submetidos devem, a princípio, serem interpretadas e aplicadas por meio de teorias diversas que lhes sejam adequadas na medida da sua especificidade. Teorias de direito

¹ Esta constatação pode ser observada em estudo que realizamos sobre as teorias de interpretação e aplicação do direito propostas na literatura jurídica, quando se trata de direitos fundamentais sociais, e quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal frente a estas teorias (ESTEVES, 2007).

formais ou não formais, de caráter *juspositivista* ou baseadas em uma *ética cognitivista* e seus derivados métodos de interpretação e aplicação do direito, criadas em épocas e Estados que apresentam tipos políticos específicos que são caracterizados por diferentes fundamentos, diferentes objetivos, diferentes regimes jurídicos de direitos fundamentais e diferentes sistemas de controle de constitucionalidade, não podem ser transpostas mecanicamente para outras épocas e Estados sem qualquer filtragem que análise a existência da correlação dessas teorias com o tipo de Estado constitucional em que se pretende que sejam implantadas.

Entretanto, é perceptível que as teorias de direito e métodos de interpretação jurídica que têm sido utilizados no Brasil, foram concebidos e desenvolvidos por juristas e tribunais de outros países, com o objetivo de atender as necessidades ligadas a seus sistemas jurídicos-constitucionais específicos, que por sua vez encontram-se vinculados aos respectivos comandos resultantes dos acordos políticos que formaram especificamente cada um destes sistemas. Estes juristas e tribunais não desenvolveram teorias jurídicas e métodos de interpretação pensando nas especificidades do modelo constitucional brasileiro que, exemplificadamente, inclui os direitos individuais (art. 5º da CF) e os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais (art. 6º a 11 da CF), com aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º da CF) e um duplo critério jurisdicional de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), com variados tipos de ações constitucionais (ADIn por ação e por omissão, ADPF e MI). Essa transposição mecânica se encontra conjugada ao fato de que a comunidade jurídica brasileira, e particularmente os membros do poder Judiciário, utilizam distintas teorias de interpretação e aplicação do direito, causando uma confusão e sincretismo metodológico, não contribuindo para formação de uma cultura e de uma teoria jurídica capazes de responder adequadamente, e com o mínimo de coerência e harmonia, às tarefas determinadas e dirigidas pela constitucionalmente aos poderes constituídos.

Conforme também hipotetizamos, as teorias jurídicas têm sido desenvolvidas e aplicadas – de forma consciente ou inconsciente – a partir da percepção do sentido ideológico² de comandos constitucionais

² Como será possível ainda explanar, de forma mais detalhada, no decorrer do trabalho, utilizamos o termo ideologia como um conceito axiológico positivo ao qual atribuímos o significado de *tomada de posição* e *programa de ação*.

de viés político e jurídico³ que orientam os sistemas jurídicos para os quais foram concebidas. Enquanto que no Brasil, no campo da teorização jurídica, nota-se uma xenofilia, que ocorre por meio de uma irrestrita importação teórica e que indica a ausência e necessidade de suprimimento desta percepção quanto ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição Brasileira de 1988 que leve à vinculação e submissão das decisões judiciais a este *sentido ideológico*. Assim, admitimos como paradigma norteador do *comando político-jurídico* da Constituição, uma concepção do direito cuja *norma de reconhecimento*⁴ tenha como conteúdo formal e material aquilo que lhe é implicitamente ideológico. Este conteúdo, a que nos referimos, é resgatado a partir dos dispositivos políticos e jurídicos definidos ideologicamente por meio da contextualização política da Constituição, por seus fundamentos, objetivos, regime jurídico dos direitos fundamentais e forma pela qual se realizam a garantia e o asseguramento de obediência ao *comando político-jurídico* constitucional.

Entretanto, isto não significa dizer que as teorias jurídicas construídas em outros contextos devem simplesmente ser totalmente ou parcialmente apartadas dos estudos e práticas realizados em nosso contexto constitucional. Pelo contrário, sem pretender ou aceitar que a xenofilia teórica se transforme no seu contrário, devemos ter em consideração, que apesar de nossas especificidades políticas, econômicas,

³ Neste sentido, Luhmann (1995) identifica historicamente a existência de uma tradição jurídica da utilização do termo Constituição que se refere às ordenações ou estatutos do direito positivo, ao lado de um uso político que se encontra relacionado a um corpo político, e que é sustentável a afirmação de que estas duas tradições terminem por se confundir. Assim, a terminologia jurídica e terminologia política são interligadas no momento em que ocorre a criação de uma nova ordem política e jurídica em que a ordem política passa a ser percebida como uma ordem jurídica, levando à tese de que o conceito de Constituição é uma reação à total separação entre o sistema político e o sistema jurídico e leva à necessidade de uma religação entre eles (LUHMANN, 1995, p. 102-104).

⁴ Toma-se emprestado o conceito de *norma de reconhecimento* de Hart (2009, p. 142) no sentido de que a ideologia presente na constituição atua como *instrumento de justificação* e como *programa de ação* - conforme já observado por Ferraz Junior. (1998, p. 182-183) – que confere validade ao sistema jurídico e que existe de fato como conteúdo formal e material da própria Constituição.

jurídicas e culturais, somos resultado da implantação e construção de um modelo civilizatório europeu em que a configuração do Estado preserva radicalmente a estrutura e valores do Estado e da cultura ocidental. Teorias e métodos incluídos neste arquétipo de Estado e de sociedade podem e devem ser utilizadas no Brasil desde que possamos – como já proposto pelo modernismo brasileiro – reinterpretá-los *antropofagicamente* em nosso contexto. Sendo assim, é necessário analisar e filtrar as teorias do direito forâneas e seus métodos de interpretação, quanto à sua adequação às características brasileiras e, havendo insuficiência, devem ser apontados os ajustes necessários para a formulação de uma teoria jurídica que esteja sincronizada com o *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição Brasileira o qual apresenta como função, vincular as decisões judiciais a uma interpretação e aplicação jurídica que possibilite a obediência ao próprio *comando político-jurídico* constitucional.

A partir destas premissas, acima expostas, desenvolvemos o presente trabalho buscando compreender se existe uma teoria jurídica de interpretação e aplicação adequada à Constituição Brasileira, ou se alguma teoria se aproxima mais desta intenção de adequação para que a partir disto possamos propor uma forma de ajuste que leve à adequação necessária. Para isto propusemos algumas tarefas preliminares que elencamos a seguir: a) investigar se é possível afirmar a existência de um *comando político-jurídico* em cada Constituição a partir de uma análise de elementos que podem compor o dito comando e que, em virtude de sua conotação política, contribuam para indicar o seu *sentido ideológico*; b) identificar as concepções que politicamente orientam os tipos de Estados existentes e compreender como, em cada momento da configuração dos tipos de Estado, utilizam as principais teorias jurídicas existentes que podem contribuir, ou não, para a realização das tarefas constitucionais que podem ser exigidas pelo *comando político-jurídico* das constituições; c) identificados os tipos e concepções de estado e confirmada a percepção sobre a existência de um comando de viés político e jurídico, em cada sistema constitucional, o qual orienta e submete este sistema a partir da conjugação de elementos que o compõem e contribuem para a formação de seu sentido ideológico, deve ser delineado qual é o específico *comando político-jurídico* da Constituição Brasileira. Deve também ser evidenciado qual o *sentido ideológico* deste comando e o tipo de Estado no qual se enquadra, a fim de que seja possível verificar se existe uma concepção teórica que lhe seja totalmente adequada, ou se é necessária e possível a realização da adequação de uma teoria já existente, ou ainda, em caso de não existir

qualquer teoria que seja ao menos parcialmente adequada, se é necessária e possível a construção de uma teoria jurídica adequada, que leve à vinculação das decisões judiciais ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição Brasileira.

Assim, realizada a investigação proposta, cujo conteúdo considera as hipóteses levantadas com o objetivo de verificar se são válidas e, após isto, realizada uma proposição derivada do resultado da análise feita, este trabalho se realiza por meio da utilização do método dedutivo de raciocínio e se estrutura em cinco capítulos que identificados a seguir:

O trabalho apresenta no *Capítulo 1*, a identificação de existência de um *comando político-jurídico* em cada Constituição e de seu sentido ideológico, da qual deriva o entendimento quanto à necessidade de que existam teorias jurídicas que lhes sejam adequadas. Procura identificar também um caráter ideológico existente nas teorias jurídicas quando da sua instrumentalização para realização do *comando político-jurídico* o qual, por sua vez, é definido genericamente a partir do tipo de Estado ao qual especificamente pertence. Para isso inicialmente realiza o desenvolvimento de uma análise sobre quais tipos e concepções de Estado podemos apreender desde o surgimento do que podemos denominar de constitucionalismo, o qual se inicia com as primeiras manifestações sobre a Constituição como ideal político, se desenvolvendo com a incorporação de direitos individuais, políticos e sociais, e se consolidando com a mudança paradigmática que coloca a Constituição no centro do sistema jurídico ao mesmo tempo em que se constroem mecanismos que possibilitam a tutela jurisdicional de direitos derivados diretamente da Constituição.

No *capítulo 2*, diante da constatação da existência de uma *concepção liberal de Estado*, e sob sua ótica, é realizada uma investigação sobre qual ou quais teorias jurídicas se mostraram mais adequadas desde o período em que surgiu o Estado liberal, passando pela sua época de triunfo até o seu declínio. A análise das principais escolas do direito e suas teorias – no período que se inicia no final do século XVIII e finda em meados do século XX – são colocadas sob demonstração quanto ao resultado de sua aplicação, buscando apresentar suas virtudes e debilidades que interferem na adequação ao sentido ideológico do *comando político-jurídico* genérico das constituições liberais. Também são analisadas as proposições de escolas jurídicas que – como resultado dos problemas derivados do liberalismo – se estabeleceram com a intenção de realizar uma crítica ou oposição às

teorias jurídicas existentes e ao próprio modelo liberal de Estado. Iniciando-se a análise a partir do *jusnaturalismo* chega-se ao *juspositivismo normativista* de Hans Kelsen como último arrimo à *concepção liberal de Estado* durante a vigência majoritária das Constituições liberais. A partir deste ponto e sob a constatação de uma postura de pretensa neutralidade do *juspositivismo normativista* investiga-se qual é o seu real comprometimento ideológico derivado de suas próprias categorias e axiomas.

No *capítulo 3*, diante da constatação da emergência de constituições sociais a partir da primeira década do século XX, e de uma correlata *concepção social de Estado*, é realizada uma investigação sob esta concepção, que pretende entender qual ou quais teorias jurídicas estão mais adequadas às constituições levando-se em consideração o *juspositivismo normativista* e também a existência de dois campos teóricos que a ele se contrapõem. Um deles que considerada a sua proposição de reaproximação – ou mesmo uma significação - entre o direito e a moral também se aproxima ou retoma postulados do *jusnaturalismo*, e o outro que estando também no campo juspositivista realiza uma crítica e uma revisão ou mesmo, um aperfeiçoamento dos axiomas do *juspositivismo normativista*. Estes dois campos teóricos são identificados neste trabalho como *principalismo* e *garantismo* e são estabelecidos como seus representantes Ronald Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero no *principalismo* e Luigi Ferrajoli no *garantismo*. Para realizar esta investigação, que se faz sob a percepção e argumentos da *concepção social de Estado*, é realizada uma confrontação entre o *juspositivismo normativista*, o *principalismo* e o *garantismo*, a fim de apresentar uma análise quanto as suas possíveis adequações à generalidade presente no *comando político-jurídico* das constituições sociais.

No *capítulo 4*, diante da identificação das concepções de Estado que orientam os tipos de Estado existentes e do cotejamento das principais teorias jurídicas frente ao conteúdo genérico do *comando político-jurídico* de constituições liberais e sociais, passa-se ao delineamento do *comando político-jurídico* específico da Constituição Brasileira de 1988 por meio da qual evidencia o seu sentido ideológico, que por sua vez possibilita ainda a identificação de três funções exercidas pela Constituição Brasileira: a) *função conservadora*; b) *função construtora*; c) *função conformadora*.

No *capítulo 5*, em virtude da investigação que buscou entender qual ou quais teorias jurídicas estão mais adequadas às constituições - dependendo do tipo de Estado em que genericamente se enquadram - e

do enquadramento em um tipo de Estado e delineamento do *comando político-jurídico* específico da Constituição brasileira, realiza-se uma análise quanto ao resultado da utilização daquelas teorias jurídicas na interpretação e aplicação da Constituição brasileira e propõe-se a adequação de uma teoria já existente com o propósito de vinculação das decisões judiciais ao *sentido ideológico* do seu *comando político-jurídico*.

CAPÍTULO 1

AS TEORIAS JURÍDICAS NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DAS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO

A crise do liberalismo, vivenciada principalmente a partir de meados do século XIX, teve como consequência imediata a crise do sistema jurídico-político que lhe deu suporte. A emergência da declaração dos direitos sociais, os quais encontraram nos valores do liberalismo um comportamento refratário a eles, exigiram não somente da atividade política, mas também da atividade jurídica, um novo comportamento que possibilitasse o entendimento desta nova configuração política e social e suas consequências no âmbito jurídico. A importância disto encontra-se objetivamente no fato de que, uma teoria do direito utilizada por uma comunidade jurídica lhe oferece os métodos de interpretação e aplicação do direito e não pode estar apartada do entendimento sobre qual é o modelo jurídico-político à qual encontra-se submetida.

Com base nos desafios derivados da crise do liberalismo e da emergência dos direitos sociais é possível perceber na literatura jurídica, principalmente a partir de meados do século XX, uma preocupação com a identificação de qual é o tipo de Estado sucessor daquele que foi criado a partir do final do século XVIII, que levou a uma variedade de denominações das quais destacamos, entre outras possíveis: Estado liberal, Estado de direito, Estado social e Estado constitucional, com conceituações também múltiplas e divergentes que podem ter sua causa nas diferenças existentes entre concepções jurídicas que desconsideram ou minimizam a importância do ambiente político e econômico que constitui cada tipo de Estado, como modelo político-jurídico, em um determinado período e lugar, ou apegam-se a questões meramente procedimentais.

Como forma de contribuir para a mitigação desta indeterminação teórica existente, contribuimos com uma análise sobre a característica do modelo político, jurídico e econômico da época do liberalismo, da crise deste modelo, e também do seu sucedâneo de forma a realizar objetivamente a identificação dos tipos de Estados existentes desde o início desta trajetória e também quais são suas diferenças prescritivas. A importância disto encontra-se objetivamente no fato de que a opção por uma teoria do direito que seja adequada, pressupõe antes que seja compreendido qual é o modelo jurídico e político à qual será submetida.

Este exercício não se realiza sem a atenção necessária ao fato de que a percepção sobre a existência de diferentes tipos de Estados é composta de elementos de convicção política que influenciam todos os teóricos, e consequentemente suas teorias, mesmo que tendam a querer se apegar a aspectos mais restritos ao ambiente jurídico. Assim, a análise que fazemos a seguir leva em consideração que uma tipologia estatal é definida a partir de concepções políticas que também aderem ou formulam teorias jurídicas que sejam adequadas aos seus postulados.

1.1 A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL E A CONSTITUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DO LIBERALISMO

O termo “constituição” é utilizado desde a antiguidade para designar qualquer lei feita pelo Imperador de Roma, podendo encontrar-se a utilização do termo durante a Idade Média no mesmo sentido em que se utilizam os termos ordenações e estatutos, entre outros (GILISSEN, 2001, p. 419). Mas é em meados do século XVIII que o termo começou a ter um significado não existente até este período, o qual se tornou necessário como instrumento, também simbólico, para identificar a nova configuração política e jurídica do Estado que se construía na Europa, derivado das transformações econômicas, políticas e sociais experimentadas desde a época da renascença.

Foi em 1748 que Montesquieu (2003, p. 165), descrevendo seu conceito de liberdade política, buscou relacionar as leis que a formam conjugadas com o que lhe parece ser a melhor forma de funcionamento do poder estatal, a ser fracionado em instâncias legislativa, executiva e judicial⁵, modelo este ao qual deu a denominação de *Constituição da Inglaterra*⁶.

É importante notar que não existia ainda um documento político ou jurídico, formalmente estabelecido, que recebesse a denominação de

⁵ Montesquieu denomina os poderes executivo e judicial, respectivamente de: poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e poder executivo das coisas que dependem do direito civil, ou ainda de “poder executivo do estado” e “poder de julgar”. (MONTESQUIEU, 2003, p. 165).

⁶ Conforme lembrado por Paulo Bonavides, Montesquieu teria cometido equívoco fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática do princípio da separação de poderes, uma vez que aquele Estado iniciava a experiência parlamentar de governo, a qual atenuou a distinção entre poderes. Mas salienta que isto não teria tirado o papel fundamental desempenhado pela sua concepção de tripartição de poderes (BONAVIDES, 2010, p. 147).

“constituição”. Nem mesmo a Inglaterra, utilizada como modelo paradigmático pelo filósofo e político francês, tinha ou viria a ter um documento com esta característica, fato este que permanece até os dias atuais.

E é perceptível que o relevo que se deu ao termo “constituição” durante este período do iluminismo⁷, esteve mais agregado à forma de distribuição do exercício do poder estatal, do que necessariamente à preocupação com a emissão de um documento de característica política ou jurídica necessário à fundação de um Estado ou que conferisse a este legitimidade política. A “constituição” foi concebida como instrumento que estabelece limitações ao exercício do poder estatal, mas não como condição da existência de um governo ao qual caberia o exercício deste poder. Os Estados já existiam, mesmo que identificados por meio de outra nomenclatura⁸, muito antes que existisse a própria ideia de constituição e à época de Montesquieu, não estava em relevo a legitimidade desta forma de organização política – o Estado - ou daquele a quem era conferido o exercício do poder. Isto não quer dizer que a legitimidade não fosse tema já tratado teoricamente por outros autores da modernidade⁹, mas é verificável que a preocupação central, exposta por Montesquieu, foi quanto ao modo de exercício do poder estatal.

Entretanto, o modo como se exercia o poder ou as funções estatais não era uma novidade no debate filosófico e político existente no século XVIII. Especificamente, a concepção de uma separação de poderes já é um tema que ocupou o pensamento moderno anterior a Montesquieu, de que são exemplos Machiavelli (2003, p. 114) no século XVI e Locke (2001, p. 182) no século XVII, tendo aquele realizado a primeira sistematização teórica da separação de poderes, isto sem contar com as diversas teorias sobre formas de governo de filósofos com

⁷ Conforme Binetti: “O termo iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segunda interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o “século das luzes.” (BINETTI, 1997, p. 605),

⁸ Em 1532, o termo “Estado” foi introduzido por Machiavelli (2003, p. 29), que delineando os tipos estatais propõe que “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados”.

⁹ Por exemplo, Bobbio (1987) lembra que para Hobbes “[...] a segurança dos súditos, que é o fim supremo do Estado, e portanto da instituição do poder político, é necessário que alguém, não importa se pessoa física ou assembleia, ‘detenha legitimamente no Estado o sumo poder’”. (BOBBIO, 1987, p. 88).

Aristóteles durante a antiguidade clássica. A questão relativa ao exercício do poder estatal sempre foi algo recorrente e tem sido, até a atualidade, um tema sobre o qual a humanidade tem se ocupado e pode ser considerado como um dos temas mais desafiadores no âmbito das denominadas ciências humanas. Mas, em cada um dos períodos históricos traçados, é possível identificar que a preocupação com o modo de agir estatal está, irremediavelmente e evidentemente, subordinada à sua época e conseqüentemente aos valores proeminentes em cada um dos contextos históricos em que foram desenvolvidas as variadas teses sobre a maneira de exercício do poder, bem como do estabelecimento de suas funções. Sendo, portanto o exame do ambiente histórico em que se geram termos conceituais como *poder estatal* e *Constituição*, indispensável à sua compreensão.

Assim, é interessante notar que Montesquieu não pareceu estar desatento à necessidade de contextualizar a época e lugar em que os estados definiram-se por objetivos distintos. Tomou por premissa que os estados, em geral, apresentam como objetivo a sua própria conservação, mas que apesar disto, cada um deles apresentava um objetivo particular. Exemplifica que estes objetivos poderiam ser a guerra, o comércio, a religião, a tranquilidade pública, entre outros, vinculando-os a diferentes estados existentes em épocas distintas. Entretanto, coerente à sua época, e alçado pelo valor político e existencial que o movia – a liberdade - o filósofo francês apresenta outro objetivo, derivado e estritamente vinculado à Constituição, qual seja, o das condições e limites ao exercício do poder estatal, que passa a denominar-se "[...] liberdade política [...]." (MONTESQUIEU, 2003, p. 165).

Esta nova configuração que acresce a política ao conceito de liberdade, e pela qual se deveria limitar e guiar o exercício do poder estatal exigiu uma arquitetura jurídica que conduziu ao entendimento de que a Constituição deveria ser supra-ordenada às demais normas jurídicas e, por este motivo, conforme observado por Luhmann, deve ser entendida como uma inovação de origem política no interior do próprio sistema jurídico (LUHMANN, 1995, p. 104-105). Isto constrange ao entendimento, de viés Luhmaniano, de que este comando de origem política também determina que o sistema jurídico constitucional não deva submeter-se aos preceitos emadados do próprio sistema político que não estejam absorvidos constitucionalmente, levando ainda a ser entendido que ocorre o mesmo na relação do sistema jurídico com outros sistemas. Entretanto, é sabido que na teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann (1995) não existe rígida separação entre os diversos sistemas e que são admitidas interações entre os sistemas

mediante o entendimento de e que a própria Constituição constituiu um acoplamento estrutural entre direito e política (LUHMANN, 1995, p. 118) que Cademartori identifica como uma *interfacie* entre estes dois sistemas (CADEMARTORI, 2004, p. 174-175).¹⁰

Assim, utilizando o método sistêmico no que diz respeito à construção do sistema constitucional, no qual a Constituição é apresentada como *interfacie* dos sistemas político e jurídico, é também possível entender, para além dessa conjugação, que as transformações sociais não aconteceram e nem tiveram sua origem exclusivamente no campo da política, sendo esta, influenciada de forma decisiva pelo sistema econômico que também se transformava à época. As relações econômicas é que foram decisivas nas mudanças políticas que aconteceram à época de Montesquieu, pressionadas pelo imperativo burguês de liberdade de mercado. E quanto a isto deve ser esclarecido que mesmo nesse momento de nova conformação estatal e apesar de poderem caminhar juntos, não se pode confundir o liberalismo político com o liberalismo econômico. Isto porque no século XVIII os fisiocratas, balizadores da nova ordem¹¹ e defensores da liberdade econômica (o *laissez faire*, *laissez passer*), em termos políticos eram favoráveis a um "[...] despotismo legal [...]"(MAFREY, 1997, p. 503,

¹⁰ A descrição da Constituição como um acoplamento estrutural, ou como uma *interfacie*, entre o sistema político e jurídico pode nos fornecer a compreensão sobre como se construiu o sistema constitucional e sobre a existência de uma troca de informações sobre o sistema político e jurídico, ou seja, como o evento político torna-se um evento jurídico, mas pode nos dizer muito pouco sobre o resultado desta inteiração no âmbito do sistema jurídico se não for possível levar à compreensão de qual é o conteúdo dos comandos políticos quando se tornam positivados constitucionalmente. E, efetivamente, não é possível encontrar na teoria de Luhmann qualquer indicação de que o sistema jurídico possa determinar o conteúdo das decisões jurídicas. Na teoria dos sistemas, elaborada pelo autor, há uma desconsideração sobre o papel que o intérprete e aplicador do direito realiza a partir da análise da prescrição normativa de caráter político. Muito menos é possível encontrar nesta teoria qualquer preocupação em entender que existem distintas prescrições de conteúdo político nas constituições, que determinam a existência de diferentes tipos de Estado, configurando-se esta situação em um limitador à própria teoria dos sistemas enquanto ferramenta para compreensão do direito.

¹¹ Conforme Avelãs Nunes (2011), “[...] a caracterização do novo estado burguês emergente como *estado de classe* é feita, sem qualquer disfarce, pelos fisiocratas e por Adam Smith”. (NUNES, 2011, p. 1).

grifo do autor), ou ainda a um "[...] despotismo esclarecido [...]"(NUNES, 2011, p. 1).

A preocupação central seria, portanto, adequar o Estado a um novo objetivo – supra-ordenado juridicamente –, o qual serviria a um novo modelo de relações sociais e econômicas em ebulição na Europa e que convivia ainda com um antigo modelo político e jurídico insuficiente para dar resposta a esta nova realidade. A necessidade de uma liberdade para se contratar e de que não houvesse a interferência nas relações entre particulares; a necessidade de liberdade para ser proprietário¹² e de que o poder estatal tivesse uma atuação limitada a garantir o exercício dos direitos patrimoniais; bem como, a necessidade de que os sujeitos destes direitos atuassem indiretamente na formação da vontade do poder estatal, como forma de garantir o exercício destes mesmos direitos, requiritava uma nova forma de atuação do poder estatal. A melhor fórmula para garantir esta liberdade – objetivo do novo modelo político-jurídico que se desenvolveu - foi apresentada por uma proposta de regulação das condições de exercício do poder estatal. Calcada no fracionamento do exercício do poder e na delimitação rígida de suas funções, a qual estaria traduzida em uma Constituição. Esta ideia está firmemente presente no processo revolucionário francês e transcrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual proclama que uma sociedade que não assegure a garantia dos direitos e não estabeleça a separação dos poderes não tem uma Constituição.

Esse ideário formava a sustentação de um discurso e de uma ação que serviram perfeitamente às pretensões naturalistas daqueles que – como Adam Smith - defendiam a não regulamentação das relações econômicas, e conseqüentemente sociais, que deveriam ser autorreguladas pela “mão invisível do mercado” e apartadas da atividade do Estado¹³.

¹² Avelãs Nunes (2011) nos dá uma visão bem clara da relação estabelecida entre liberdade e propriedade, por meio da transcrição do pensamento de Mercier de La Rivère, discípulo do célebre fisiocrata Quesnay : “atacar a propriedade é atacar a liberdade”; [...] perturbar a liberdade é perturbar a propriedade; assim, propriedade, segurança, liberdade, eis o que nós buscamos e o que devemos encontrar evidentemente nas leis positivas que nos propomos instituir; eis o que devemos considerar a razão essencial destas mesmas leis.” (NUNES, 2011, p. 2)

¹³ Conforme Nunes (2011), “Em consonância com o cânone liberal, Smith entende que a economia (separada do estado) funciona de acordo com as suas próprias leis, *leis naturais, leis de validade absoluta e universal*. E defende

É este entendimento político e econômico que, nesta época, molda a concepção jurídica de Constituição e determina as bases do Estado constitucional, também denominado de Estado de Direito, conforme assinalado por Miranda (2005, p. 47). E da sua configuração política e econômica deriva seu epíteto de Estado liberal. Sob o entendimento de que é isto que sustentam os pressupostos doutrinários e prismas próprios de autores do século XVIII e XIX, Miranda (2005) assinala ainda que:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade) (MIRANDA, 2005, p. 47).

De outra parte, Norberto Bobbio entende que doutrina liberal ou liberalismo¹⁴ compreende que estas suas duas características de restrição podem receber um tratamento distinto. Quanto a isto, sustenta que a noção corrente que serve pra representar a limitação dos poderes é Estado de direito; e a noção corrente que serve para representar a limitação das funções estatais é Estado mínimo. Entretanto não abandona a noção de Estado liberal para designar a situação na qual se

que a *ordem natural* harmoniza todos os interesses e realiza o máximo de utilidade social quando a vida econômica decorre segundo as leis da natureza, perseguindo cada um o máximo de satisfação com o mínimo de esforço.” (NUNES, 2011, p. 7, grifo do autor)

¹⁴ Atualmente o termo liberalismo, embora defina um fenômeno histórico identificável, não encontra uma única definição possível, variando conforme o lugar. O sentido que em que aqui se utiliza é o utilizado na Itália que é também corrente no Brasil, o qual identifica o aspecto econômico, mas também se agrega a ele o aspecto político-jurídico relativo à separação de poderes. Conforme Nicola Matteucci “[...] a palavra assume diferentes conotações conforme os diversos países: em alguns países (Inglaterra, Alemanha), indica um posicionamento de centro, capaz de mediar conservadorismo e progressismo, em outros (Estados Unidos), um radicalismo de esquerda defensor agressivo de velhas e novas liberdades civis, em outros, ainda (Itália), indica que procuram manter a livre iniciativa econômica e a propriedade particular.” (MATTEUCCI, 1997, p. 688).

encontram em um só movimento os dois tipos de limitação concebidos pelo liberalismo¹⁵.

Reconhece-se, portanto, que essa conjugação de elementos, que reduzem e limitam o poder estatal por meio de uma divisão do seu exercício e da minimização de suas funções econômicas e sociais frente à sociedade, e que estão lastreados juridicamente na existência de uma Constituição, foi o fator que possibilitou a consolidação do liberalismo na sua correlação mais genuína, o Estado liberal do século XIX.

1.2 O LIBERALISMO COMO MECANISMO DE GARANTIA DO INDIVIDUALISMO

As transformações sociais derivadas da ruptura da ordem existente, ainda que sejam impulsionadas pelas condições materiais da vida, não são determinadas exclusivamente por elas. As revoluções sempre apresentam um conjunto de valores a serem incorporados à sociedade e sedimentados no ideário coletivo de forma a consolidar a nova ordem que se impõem. Estes valores se retroalimentam de forma que um passa a justificar o outro.

Nesta linha, é necessário explicitar que a liberdade é apresentada como um valor, e como tal é uma expressão aberta que, assim sendo, constitui critério de avaliação de ações. Entretanto, a própria liberdade não deve ser considerada um valor em si mesmo, pois é necessário que seja explicitado qual o seu propósito ou a qual objetivo ela serve. Isto se explica pelo motivo de que, também são feitas valorações dos próprios valores e, portanto sempre serão feitas valorações quanto ao que pode significar o próprio valor liberdade. Ou seja, é necessário indagar qual foi o valor que fundamentou a liberdade apresentada como objetivo direto das limitações ao exercício do poder estatal, e que por ele era

¹⁵ Conforme Bobbio (2005), “Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia). Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.” (BOBBIO, 2005, p. 17-18).

condicionada. A resposta deve ser retirada da análise do pensamento vigente à época das revoluções liberais. E sendo assim, por meio de uma análise que realiza uma associação histórica, é fatalmente verificável que as concepções da escola do direito natural ou jusnaturalismo, e também o contratualismo, devem ser apresentados como sendo a raiz filosófica do Estado liberal como contraposição ao Estado absoluto, as quais eclodiram em um momento de contínua corrosão deste.

Segundo o jusnaturalismo os homens têm certos direitos fundamentais pré-existentes à sociedade, como direito à vida, à liberdade e à propriedade independente da sua vontade ou da vontade de outro ou de outros (BOBBIO, 2005, p. 12). Por sua vez, o Estado liberal recebe uma explicação legitimadora como sendo o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres. A partir deste entendimento, verifica-se que a afirmação dos direitos naturais e a teoria do contrato social estão estreitamente ligados. Conforme Bobbio (2005, p. 15):

O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, conforme a fórmula aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes.

Bobbio (1991) expõe a contraposição do contratualismo a uma concepção, originada na antiguidade clássica, onde não estava contemplada sobremaneira a ideia de indivíduo, e sim calcada sob uma concepção organicista que concebia o todo (meio social) como dado anterior às partes (os indivíduos). No que se refere à concepção organicista, pode-se encontrar as suas bases filosóficas no pensamento de autores tais como Aristóteles (384-322 a.C) na medida em que este teorizava a ideia de Estado como ser natural anterior ao indivíduo, o que leva a conclusão de que o todo tem precedência sobre as partes¹⁶.

¹⁶ Aristóteles formula o princípio constitutivo do organicismo sob o argumento de que “O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que

Também Platão (427-347 a.C) já entendia, ao comparar o Estado ao homem, que o primeiro era uma ampliação do segundo.

A concepção organicista ainda se estendeu na Idade Média, através do pensamento escolástico representado, principalmente, por Santo Tomás de Aquino (1225-1274), que no período da Alta Idade Média, apenas interpôs a essa ideia totalizante de Estado (ou sociedade natural) o elemento divino entre este e o homem, vindo tal dado novo a caracterizar o jusnaturalismo teológico ou organicista dessa época.

Uma das primeiras e importantes refutações a esse tipo de concepção orgânica de sociedade veio através de Hobbes (2003), nos primórdios da era moderna. Ao afirmar que não é o impulso natural que leva o homem ao Estado mas, ao contrário, é o seu temor a outros homens que o leva a submeter-se a um ordenamento estatal, criado pelos mesmos homens, Hobbes desencadeou uma verdadeira inversão de valores na abordagem filosófica da época sobre a relação indivíduo-Estado. Com efeito, partindo este pensador da ideia de que o Estado é uma criação artificial posterior e diferenciada dos homens, germinam as raízes do jusnaturalismo individualista e racional que veio a caracterizar toda a Idade Moderna.

Essa mudança paradigmática propiciada por Hobbes, onde se privilegia a ideia dos indivíduos precedendo a organização social, rompendo com o organicismo, é relevante por três motivos que podem ser constatados a partir dela: a) a sociedade somente pode ser tida como um fato natural tendo como pressuposto a existência dos indivíduos; b) possibilitou-se a concessão de espaço à ação independente do todo e o reconhecimento de uma distinção entre as esferas pública e privada (BOBBIO, 2005, p. 46); c) a existência da sociedade passa a ser fundamentada na garantia de direitos derivados dos interesses e necessidades dos indivíduos. Entre estes direitos encontra-se a própria liberdade, a qual somente existe por interesse dos indivíduos. E conforme já observado por Bobbio, "sem individualismo não há liberalismo." (BOBBIO, 2005, p. 16).

As declarações de direitos, apresentadas durante os processos revolucionários do século XVIII, e que desempenharam importante papel de orientação política na formação das primeiras constituições, servem como suficiente parâmetro para que se observe a materialização teórica dos valores fundantes do constitucionalismo liberal. A

se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são antes se não as partes integrantes da Cidade [...]." (ARISTÓTELES, 1991, p. 4).

declaração francesa de 1789, sem dúvida, foi a mais importante do período, não somente porque eclodira no centro da efervescência do movimento revolucionário burguês daquele período, mas também em virtude do seu caráter universal, dirigindo seus anseios para além das fronteiras da França e da também da Europa.

Por meio de um discurso que reconhecia ao indivíduo a detenção de direitos pré-estatais, fez-se uma declaração de direitos que proclamou numerosas liberdades e na qual "[...] o individualismo ocupa um lugar essencial, sendo que ela exclui qualquer corpo intermediário, qualquer grupo entre o indivíduo e a comunidade nacional [...]" (GILISSEN, 2001, p. 426), ou seja, entre o indivíduo e a nação. Esta declaração teve por objetivo o reconhecimento e asseguramento da ideia de liberdade em uma perspectiva do indivíduo, na qual fundamentalmente se assentou a nova ordem política e jurídica.

Se o poder foi limitado para assegurar a liberdade, e esta tinha por fundamento e objetivo assegurar a emancipação do indivíduo, é decorrência lógica que a limitação do poder estatal – e, portanto o surgimento da Constituição –, tanto pela divisão do seu exercício, como pela redução ao mínimo das suas funções, teve por objetivo assegurar o exercício do individualismo burguês e, ao mesmo tempo, o freio a qualquer manifestação social que pudesse oferecer oposição ao exercício do individualismo, apanágio do liberalismo¹⁷.

A tarefa acima exposta foi realizada sob o entendimento de que toda e qualquer organização, que buscasse regular qualquer conduta de cunho social deveria ser extirpada da sociedade, como forma de garantir a liberdade do indivíduo. Por consequência disto, a ordem jurídica estabelecida estimulou a erradicação de qualquer possibilidade de intervenção estatal nas relações sociais, que se apresentassem como obstáculo à nova organização econômica.

A aversão à possibilidade de que os indivíduos sejam representados coletivamente, ou de que tenham uma vontade coletiva

¹⁷ Matteucci (1997), identifica que, para o iluminismo francês e para o utilitarismo inglês liberalismo significa individualismo e que “[...] por individualismo entende-se, não apenas a defesa radical do indivíduo, único real protagonista da vida ética e econômica contra o Estado e a sociedade, mas também a aversão à existência de toda e qualquer sociedade intermediária entre o indivíduo e o Estado; em consequência, no mercado político, bem como no mercado econômico o homem deve agir sozinho”. (MATTEUCCI, 1997, p. 689).

que não seja a própria vontade do Estado legislativo, aliada à fórmula de fracionamento do exercício do poder e delimitação rígida de suas funções estatais, foi utilizada para garantir a liberdade de contrato e de propriedade sem qualquer interferência e serviu perfeitamente às posições naturalistas de não regulamentação das relações econômicas e sociais. Este tipo de liberdade nada mais é do que a liberdade para contratar e para ser proprietário, conferida ao indivíduo na conformidade de agente econômico e sujeito (privado) da economia (NUNES, 2011, p. 18).

Ficou demonstrado, assim, que o ideário liberal presente nas revoluções burguesas, o qual se apresentou como valor fundante do Estado de Direito (liberal) na sua primeira versão histórica, teve como substrato a garantia de exercício do individualismo burguês frente às suas necessidades e pretensões econômicas, sendo este seu principal objetivo. Agrega-se a isto a constatação de que, no Estado liberal, a Constituição serviu como amálgama que proporcionou a ligação entre o aspecto político do liberalismo e o aspecto jurídico e que, no âmbito interno ao Estado serviu de garantia ao exercício do individualismo por meio da atribuição de direitos conferidos ao indivíduo, que é reconhecido politicamente como elemento ou categoria pré-estatal.

1.3 A CRISE DO INDIVIDUALISMO, A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A exacerbação do individualismo levado até as suas últimas consequências, quando se torna um valor a ser prezado de forma absoluta, conforme aconteceu durante todo o século XIX e início do século XX, possibilitou a consolidação de uma sociedade altamente desigual, notadamente no seu aspecto de condições materiais de existência da maioria dos seus membros. Esta situação em que se fez do individualismo um dado único e absoluto de forma de vida social, somente foi possível com liberalismo levado aos seus extremos.

Os axiomas do liberalismo como a tese de que a não regulamentação da economia e das relações sociais proporcionaria a todos os indivíduos as condições para o desenvolvimento de uma vida material adequada e que, portanto, a tarefa principal do Estado seria a de garantir o livre mercado e a garantia da propriedade individual foram confrontados e posteriormente alterados pela própria realidade dos acontecimentos no desenrolar dos séculos XIX e XX. Avelãs Nunes aponta para os seguintes fatores que levaram à falência do pressuposto liberal de organização social e econômica:

[...] progresso técnico; aumento da dimensão das empresas; concentração do capital; fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e no plano político) e agravamento da luta de classes; aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, que começaram a afirmar-se como alternativas a ele. (NUNES, 2011, p. 18).

A partir desse esgotamento e consequente crise do Estado liberal, derivados da não realização das promessas marcadas pela apoteose do liberalismo econômico e do individualismo, mas também estimulados pelo surgimento dos movimentos de carácter social e antiliberais empreendidos na Europa desde meados do século XIX, verificou-se uma mudança no comportamento estatal, não prevista e nem desejada quando do surgimento do constitucionalismo liberal. Esta foi assinalada pelo surgimento de uma legislação de carácter social¹⁸ que teve por objetivo abrandar as péssimas condições materiais de vida a que ficou submetida a grande maioria da população, notadamente operária, conforme esclarece García-Pelayo (1985):

Em efecto, desde el último tercio del siglo XIX se desarrolló em los países más adelantados una “política social” cuyo objetivo inmediato era remediar las péssimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población. Se trataba, así, de una política sectorial no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no precedía, sino que seguía a los acontecimientos. (GARCÍA-PELAYO, 1985, p. 18, grifo do autor).

Direitos que tinham por objetivo o bem-estar da coletividade, e que não tinham como foco somente a garantia do agir individual, começam a ser declarados e positivados até adquirirem *status* de bens que requisitavam uma vinculação jurídica, que lhe permitissem a sua garantia e realização concreta, por meio de um compromisso estatal

¹⁸ A partir de revoltas operárias e sob a influência de ideologias progressistas (Saint Simon, Proudhon, K. Marx, etc.) foram tomadas algumas medidas de carácter social a partir dos anos quarenta do século dezenove. (Gilissen, 2001, p. 468).

mais elevado. Se, em um primeiro momento, são feitas leis definidoras de direitos sociais, de que são exemplo: o direito à habitação; o direito à educação e o direito à saúde; posteriormente estes direitos passam a ser positivados nas constituições, iniciando-se pela constituição zapatista de 1917 no México e pela constituição de Weimar de 1919 na Alemanha iniciando-se a reconfiguração do amálgama que une as dimensões política e jurídica. Esta mudança no comportamento político, com reflexos no âmbito jurídico, recebeu acompanhamento no plano econômico caminhando para um recrudescimento da ordem econômica liberal que deu lugar a um agir estatal interventor e propulsor de medidas econômicas. O economista inglês John Keynes (KEYNES, 1992), desvincilhando-se do modelo liberal clássico de economia, mas mantendo as bases do sistema capitalista, propôs medidas de regulação fiscal e monetária, que influenciaram governos – de que é exemplo o do presidente Roosevelt nos Estados Unidos da América, por meio do estabelecimento do *New Deal* - e que tiveram por objetivo influenciar as políticas econômicas dos Estados capitalistas servindo de instrumento para conter o avanço socialista ocorrido depois da Primeira Guerra Mundial¹⁹. Sem que se abandonassem os princípios elementares do liberalismo econômico, como por exemplo, de existência do regime de propriedade e de liberdade de contratação, o Estado passou a intervir nas relações produtivas, sendo ele próprio o principal fomentador da atividade econômica, com o objetivo “[...] de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objetivo de salvar o próprio capitalismo [...]” (NUNES, 2011, p. 67). Ao mesmo tempo em que regulou as relações de produção existentes entre capital e trabalho por meio de uma legislação de proteção social. Esta situação foi o mais duro golpe nas concepções econômicas liberais clássicas, que alardeavam a tese de que a economia deveria ser tida como uma ordem natural e que deveria ser afastada da atividade estatal, convertendo-se em uma mudança paradigmática que deu lugar à emergência do Estado social, e conforme esclarece Nunes (2011):

¹⁹ Conforme Alvin Harvey Hansen, professor de economia em Havard, o presidente dos Estados Unidos da América Harry Truman, sucessor de Franklin Roosevelt, confirmou que "Em 1932 o sistema de livre empresa privada estava próximo do colapso. Havia verdadeiro perigo de que o povo norte-americano adoptasse outro sistema." (HANSEN, 1941 apud NUNES, 2011, p. 47).

Desfeito o mito de que a *sociedade civil* (a *ordem econômica natural*) garantiria por si própria a ordem social e a justiça social, o *estado social* veio traduzir e assumir a necessidade de intervir de forma sistemática na economia, deixando esta de ser, para o estado e para os cidadãos, um *dado* da ordem *natural*, para se tornar um *objeto susceptível de conformação pelas políticas públicas* (NUNES, 2011, p. 32, grifo do autor).

O Estado passou à condição de garantidor dos direitos declarados e reconhecidos, retirando-se da situação de inércia defendida pelos postulados do liberalismo e do individualismo, gerando duas situações decorrentes disto: a) verificou-se um abandono do individualismo exacerbado como objetivo primordial do Estado, em decorrência do reconhecimento da legitimidade das organizações corporativas e também pela necessidade de intervenção estatal nas relações sociais. Esta situação abalou a noção de limitação do poder estatal por meio da minimização de suas funções; b) enfraqueceu-se a concepção de liberdade fundada no fracionamento do exercício do poder com rigidez na delimitação de funções repartidas, em virtude das transformações que levaram a uma complexidade das tarefas estatais, das múltiplas funções adquiridas e da necessidade de uma atuação estatal coordenada com objetivo de garantir efetivamente os direitos conquistados.

Esta tendência se consolidou a partir da segunda metade do século XX com o fortalecimento do estado de bem-estar social (*Welfare State*) na Europa, o qual tomou por tarefa, não somente a positivação dos direitos sociais, mas também a sua efetiva e concreta realização. Essa trajetória, marcada pelo pensamento keynesiano no âmbito econômico, com a adoção de uma política fiscal e monetária que pendulava inflação e emprego, com controle cambial (NUNES, 2011, p. 115), alargou o caminho para que houvesse uma atuação estatal no reconhecimento e positivação de direitos que vão além dos direitos individuais clássicos. Enquanto isto, no âmbito teórico, firma-se o entendimento quanto à existência categorias de direitos que tem sua originalidade marcada na obra de Marshall (MARHALL, 1967, p. 66), que traça o seu desenvolvimento na consolidação dos direitos individuais, políticos e sociais, construídos sob a noção de cidadania. Este estabelecimento de categorias de direitos teve sequência no trabalho de Vasak (1979 apud BONAVIDES, 1996, p. 517), o qual traça trajetória similar, em que inclui os direitos da fraternidade e da

solidariedade, dividindo-os em gerações²⁰ de direitos. Também, já neste período, da década de 1960, solidificaram-se nos Estados Unidos as chamadas ações coletivas, através das chamadas *Class actions*²¹, com possibilidade de pretensões indenizatórias, por meio da *Rule 23*, as quais tiveram papel importante para o reconhecimento dos denominados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que passaram a possibilitar o procedimento judicial em que uma pessoa ou um grupo de pessoas representar um interesse, e relativo a direitos individuais ou sociais, que é comum a uma coletividade à qual pertencem.

Foi o resultado concreto da atividade do próprio modelo econômico liberal o responsável pela desestabilização e consequente esfacelamento do ideário de inspiração iluminista e dos valores posteriores que o sustentaram, abrindo-se a possibilidade para agregação de novos direitos. Entretanto, esta nova situação não desprezou os valores ligados à liberdade e ao indivíduo, mas abandonaram-se definitivamente as características de direitos quase absolutos e naturais que anteriormente foram concebidos pela via revolucionária no século XVIII, possibilitando o entendimento, agora definitivo, de que os direitos são produto da intervenção humana a partir de uma dada configuração política e social.

1.4 O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL E SUAS RESPECTIVAS CONCEPÇÕES DE ESTADO

Os axiomas relativos ao funcionamento e alcance das funções do Estado Liberal, foram teorizados antes e durante a sua formação e consolidação. Um trabalho teórico intenso fora desenvolvido no campo da filosofia da política e da economia com o objetivo de explicar e justificar o fenômeno do liberalismo e de moldar a estrutura jurídica do Estado aos seus postulados.

Por sua vez, a emergência dos direitos sociais e de sua configuração jurídica, originada da nova situação social que derivou do processo dialético do próprio empreendimento do Estado Liberal, e que

²⁰ Atualmente tem sido mais comum o termo “dimensões” conforme utilizado por Bonavides (BONAVIDES, 1996, p. 525), no que é acompanhado por Sarlet (2004, p. 52.)

²¹ A *class action* do direito estadunidense é um procedimento em que uma pessoa, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar judicialmente um grupo maior ou classe de pessoas que compartilham entre si, um interesse comum (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 1985, p. 728).

resultou em uma sociedade altamente desigual no aspecto material impusera, aos setores do pensamento e da ação política empenhados em uma mudança na configuração jurídica das relações sociais, a tarefa de explicar e justificar os direitos sociais e de contribuir para a construção de uma estrutura jurídico-estatal que seja adequada à efetividade destes direitos.

Entretanto, a disputa política, travada não somente internamente nas sociedades estatais, mas também no âmbito internacional, demonstrou claramente que, no ambiente do sistema capitalista, não existe uma substituição dos direitos individuais pelos direitos sociais, e que também não restou evidenciada uma derrota dos direitos sociais pelos direitos individuais. A emergência dos direitos sociais ao lado dos direitos individuais possibilita que se identifiquem certos tipos de ordens jurídicas e políticas com o título de Estado social²².

Habermas reconhece que "o modelo de Estado social surgiu da crítica reformista ao direito formal burguês" (HABERMAS, 2003, p. 138), como crítica "[...] que concentra-se na dialética que opõe entre si a liberdade de direito e a liberdade de fato dos destinatários do direito, portanto, em primeira linha, na implantação de direitos sociais fundamentais" (HABERMAS, 2003, p. 154) . Realmente – e com isto concordamos - o processo dialético demonstra claramente que o esgotamento e crise do Estado liberal, são derivados da derrocada da exacerbação do individualismo, que dá lugar à positivação dos direitos sociais. Entretanto, Habermas enxerga o paradigma de Estado social exclusivamente como uma redução da justiça à justiça distributiva que abandona a liberdade como direito. Conforme Habermas,

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática

²² Conforme Manuel García-Pelayo, formulação da expressão Estado Social, ou mais a ideia de Estado social de direito se deve a Hermann Heller, socialdemocrata e tratadista de teoria política e do Estado entre os anos vinte e trinta do século XX. (GARCÍA-PELAYO, 1985, p. 14-17).

de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente (HABERMAS, 2003, p. 154).

Esta concepção de Habermas é restritiva do conceito de Estado social por identificar neste conceito os modelos de Estado nos quais se realiza uma completa negação do tipo de Estado formado a partir das revoluções burguesas que deram origem ao Estado constitucional. Um Estado que reduz a justiça à justiça distributiva e não atinge o sentido dos direitos que garantem a liberdade – de que são exemplos as experiências socialistas iniciadas no século XX - encontra-se desfocado da trajetória e do conceito de Estado constitucional e não se enquadra no conceito de Estado social. Pelo contrário, o Estado Social deve ser tido como uma derivação do Estado Liberal dentro do conceito de Estado constitucional.

Jorge Miranda (2005), de forma clara esclarece por quais motivos o Estado social de Direito não é senão uma segunda fase dentro do Estado constitucional (também chamado representativo ou de Direito):

1º) porque, para lá das fundamentações que se matêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva e a limitação do poder político um objetivo permanente;

2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução francesa, o titular do poder político. (MIRANDA, 2005, p. 53).

Sem abandonar os pressupostos do liberalismo político, como valor e como um direito – que concede uma ação independente em relação ao todo - o Estado social tem seu embrião na remediação para os problemas derivados da experiência econômica liberal e, portanto, foi a resposta aos problemas derivados das contradições do modelo liberal de Estado. Neste sentido, conforme García-Pelayo (1985, p. 18) argumenta:

Em termos gerais, o Estado social significa historicamente a intenção de adaptação do Estado tradicional (pelo qual entendemos, neste caso, o

Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós industrial com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentar-los (GARCÍA-PELAYO, 1985, p. 18, tradução nossa)²³.

Inicialmente, na Europa, a experiência teve início na Alemanha com a Constituição de Weimar por meio do que é denominada por Avelãs Nunes como uma “solução de compromisso” realizada após a derrota do movimento socialista (spartakista) em 1918, “[...] com o objetivo de refrear as aspirações revolucionárias de uma parte do operariado alemão [...]” (NUNES, 2011, p. 37). Esta solução compromisso representava um significativo avanço civilizatório enquanto que naquele momento, em outros Estados, a solução capitalista para o combate ao socialismo foi a implantação de regimes politicamente autoritários de tipo fascista, criando uma anomalia que não deve ser enquadrada no conceito de Estado constitucional²⁴. Posteriormente à Segunda Guerra Mundial o compromisso foi retomado, mas sob o novo modelo já descrito anteriormente que se configurou no denominado *welfare state*. É perceptível que este novo modelo de Estado social foi desenvolvido no período da denominada de guerra fria, quando acontecia uma similar disputa internacional entre os campos políticos, socialista e capitalista, que tivera vez durante as três primeiras décadas do século XX. Entretanto, o que se evidencia no Estado de bem-estar social é que as tarefas relativas à garantia e efetividade de direitos individuais e sociais, passaram a conviver concomitantemente no campo prático e teórico conferindo aos direitos sociais não somente um caráter

²³ No original: Em términos generales, el Estado social significa historicamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.

²⁴ Conforme NUNES, “Em outros países da Europa, o falhanço das tentativas revolucionárias inspiradas na revolução soviética ocorridas em 1918 e 1919 deu lugar à implantação de regimes de tipo fascista: Itália, 1922; Bulgária, 1923; Espanha (Gen. Primo de Rivera), 1923; Albânia, 1925; Polônia (Pilsudski), 1926.” (NUNES, 2011, p. 37).

formal como o que lhe foi atribuído durante a República de Weimar, mas também material da Constituição.

1.4.1 A Reconfiguração do *Estado Constitucional* como Arranjo Dogmático Insuficiente

Antes de tratar do aspecto que informa a existência de um caráter evolutivo quanto à efetividade dos direitos sociais, o qual acontece sob a percepção da existência de duas concepções de Estado – do Estado liberal e do Estado social - é necessário esclarecer ainda, que podem ser encontradas na literatura jurídica, outras teorias que realizam uma conceituação ou uma demarcação diferente como, por exemplo, o faz Gustavo Zagrebelski (2007, p. 21-31), que enuncia e conceitua a existência de dois tipos de Estado: Estado de direito, típico do século XIX na Europa e o Estado constitucional da atualidade e também de Pérez Luño que também acolhe a ideia de existência de um Estado constitucional na atualidade que recebe esta nomenclatura em oposição às que lhe seriam anteriores.

Nestas concepções, e em outras que possam ser-lhes similares, o conceito de Estado constitucional deriva de um arranjo dogmático que decorre de uma emergência simbólica para demarcar uma nova forma de inaugurar e salientar os direitos constitucionais em uma nova reconfiguração de conceitos jurídicos, institutos e padrões hermenêuticos. Atua como linguagem que procura romper com conceitos jurídicos construídos durante o século XIX no qual as Constituições careciam de força normativa. Entretanto, sem objetar a existência de reconfiguração de conceitos jurídicos e também do diferente papel que a Constituição passou cumprir a partir da segunda metade do século XX, entendemos que empregam terminologia e tipologia inadequada e que é necessária à manutenção da tipologia estatal fornecida por autores que identificam na modernidade dois tipos de Estado, o liberal e o social.

A seguir, passaremos a demonstrar o motivo pelo qual as classificações de Zagrebelsky e de Pérez Luño são insuficientes para a modificação da tipologia que distingue Estado liberal e Estado social dentro do conceito de Estado constitucional, e ao mesmo tempo acabam por não contribuir para deixar a descoberto o fator político que norteia estes tipos de Estado.

1.4.1.1 A classificação de Zagrebelsky

Na classificação de Zagrebelsky, o Estado de Direito indica um valor como eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal, em oposição ao Estado Absoluto, que tem representado historicamente os elementos básicos das constituições liberais e que tem na lei a centralidade e garantia subjetiva dos direitos, os quais teriam na Constituição somente uma dimensão objetiva de dever estatal. O Estado constitucional, como contraponto ao Estado de Direito, é apresentado como uma transformação na concepção do Direito sob o entendimento de ter sido modificado o status hierárquico da lei, como limite de todo direito, a qual passa a se submeter à Constituição, bem como o desprendimento do conceito de direito da própria lei. Nas palavras de Zagrebelsky "A lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição"²⁵. (ZAGREBELSKY, 2007, p. 34, tradução nossa)²⁶. E completa Zagrebelsky (2007) que:

Tendo presentes os catálogos de direitos estabelecidos em constituições rígidas, é dizer, protegidas contra o abuso do legislador, podemos distinguir uma dupla vertente da experiência jurídica: a da lei que expressa os interesses, as intenções e programas de grupos majoritários, e a dos direitos invioláveis, diretamente atribuídos pela Constituição como 'patrimônio jurídico de seus titulares, independentemente da lei. (ZAGREBELSKY, 2007, p. 51, grifo do autor, tradução nossa)²⁷.

²⁵ Ainda, conforme Zagrebelsky (2007), as constituições contemporâneas, em virtude de uma pulverização legislativa e heterogeneidade de seus valores, derivados de um pluralismo das forças políticas e sociais, cumprem uma função unificadora.

²⁶ No original: La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a um estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.

²⁷ No original: Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos

Esta concepção, em que se estabelece a existência de um Estado de direito e um Estado constitucional feita por Zagrebelsky, não deve ser colocada de forma totalmente oposta à concepção que identifica a existência de um Estado liberal e um Estado social. Existem fatores que as vinculam e outros que as separam.

O Estado de direito em Zagrebelsky se diferencia do Estado liberal, na forma conceituada por Norberto Bobbio, em um aspecto: apesar de entender não caber dúvida de que o Estado de direito representa historicamente os elementos básicos das concepções constitucionais liberais, Zagrebelsky concebe que, esta noção de Estado pode também ser compatível com orientações totalitárias, separando-a de sua origem liberal para vincula-la à dogmática do Estado totalitário (ZAGREBELSKY, 2007, p. 23). Assim, o autor identifica a possibilidade de existência de um modelo estatal, denominado Estado de direito, podendo ser liberal politicamente e economicamente, e também autoritário politicamente e economicamente, sendo ainda possível a combinação destes fatores, mas que, em todos os casos a lei teria supremacia sobre a Constituição. Por este motivo utiliza como termo específico *Estado liberal de direito* (ZAGREBELSKY, 2007, p. 23) para identificar aquilo que Bobbio denomina de *Estado liberal*, entendido este como oposição ao totalitarismo em política e favorável ao minimalismo em economia²⁸.

Realmente é indubitado que um Estado possa ser totalitário em política e liberal em termos econômicos, como se pôde perceber no decorrer da história e já observado anteriormente quanto aos regimes autoritários de caráter fascista, e também é reconhecível a existência de experiências que combinaram limitação da liberdade individual com oposição ao liberalismo econômico como na experiência de alguns Estados socialistas. Mas, quanto a isto, há que se efetuar dois destaques. Primeiramente, é preciso entender que o Estado que se apresenta como totalitário em política e liberal em economia deve ser concebido como um recurso do liberalismo econômico quando se encontra ameaçado, impondo uma anomalia ou imperfeição ao Estado constitucional. A implantação de regimes desse tipo, geralmente surgiram após tentativas revolucionárias de substituição do liberalismo econômico por regimes

políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como ‘patrimonio jurídico’ de sus titulares, independentemente de la ley.

²⁸ Quanto a isto ver nota 15.

de economia planificada e com a abolição da propriedade privada e/ou estatização dos meios de produção, ou quando forças políticas e econômicas ligadas à defesa do sistema capitalista sentiram algum tipo de ameaça que colocasse em risco a economia liberal²⁹. Ou seja, para defender o capitalismo, privilegia-se a liberdade econômica em detrimento da liberdade política. Em segundo lugar é necessário entender que a existência de Estados em que a falta de liberdade política não vem acompanhada de liberdade econômica – de que são exemplo as experiências dos Estados socialistas - deve ser tida como a negação ao tipo de Estado cuja trajetória se inicia a partir das revoluções burguesas do século XVIII. A compreensão e estudo destes dois tipos estatais não se enquadram no recorte teórico e metodológico aqui proposto. Ambos os tipos devem ser tidos respectivamente como anomalia e como negação do Estado constitucional, e seja qual for a nomenclatura que se possa dar a eles, não devem merecer classificação neste trabalho. Neste se optou pela realização na forma de uma concepção que se orienta pela construção e trajetória do constitucionalismo no qual a liberdade, com seu conteúdo forjado no paradigma do Estado burguês, é o valor básico da vida coletiva e o princípio da soberania popular é, conforme definição de Canotilho, "[...] uma das traves mestras do Estado constitucional." (CANOTILHO, 2003b, p. 98). Especificamente quanto à anomalia de Estado constitucional, exemplificamos o regime político e jurídico que outorgou o texto constitucional de 1967. Neste ensejo, aproveitamos para esclarecer que a contribuição teórica que apresentamos, em virtude do recorte teórico e metodológico realizado, não se aplica a este tipo de configuração estatal.

Como pudemos demonstrar, no âmbito do constitucionalismo, Estado de Direito e Estado liberal se confundem e representam um mesmo objetivo contextualizado, na origem, em um mesmo período histórico. Quanto às concepções relativas ao Estado social e ao Estado constitucional (demarcados por Zagrebelsky), para que seja possível

²⁹ A crise do sistema capitalista no período entre guerras também teve como resposta a formação de Estados deste tipo na década de 1930 na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, com economia debilitada. (NUNES, 2011, p. 56). Também no pós segunda guerra, “[...] o recurso a regimes totalitários de tipo fascista foi uma solução corrente do imperialismo americano e dos seus aliados autóctones em vários países, especialmente na América Latina, desde o início dos anos 50 até a década de 80 do século passado”. (NUNES, 2011, p. 55).

indicar distinções - antes, é necessário fazer algumas considerações de carácter conceitual.

Como já se demonstrou anteriormente, foi sob o entendimento político e filosófico, dos valores do individualismo e do liberalismo que surgiu o Estado constitucional, ainda vinculado, na sua origem, exclusivamente à ideia de Estado de direito, ou ainda de Estado liberal. O surgimento dos direitos sociais e sua posterior positivação nas Constituições representou uma transformação efetiva na superestrutura do Estado constitucional de tipo liberal – entretanto, sem que isto significasse um abandono completo do liberalismo. Por consequência desta transformação de característica material, o conceito de Estado constitucional também é levado a uma revisão e, portanto, a uma mudança de paradigma.

Sob a perspectiva acima colocada, o Estado social deve ser entendido como uma segunda fase do Estado constitucional. E é justamente neste momento que se passa a exigir uma subordinação da lei à Constituição, não como forma de garantia e efetividade dos direitos do indivíduo, pois estes já se asseguravam por meio do modelo jurídico-estatal existente. Não houve desde o século XIX uma preocupação teórica, no campo jurídico, relacionada à garantia de realização dos direitos individuais por meio da estrutura estatal do constitucionalismo liberal. O estado revolucionário fora montado e moldado a partir dos postulados do individualismo burguês que teve como sustentação a separação rígida do exercício das funções estatais e da mínima intervenção estatal nas relações sociais. Pelo menos no campo teórico não existia a necessidade de uma construção jurídica que vinculasse a lei à Constituição a fim de garantir a fruição dos direitos individuais. Depois disto, com o advento do Estado social, caracterizado pela alteração das regras inscritas superestruturalmente no Estado constitucional, a tarefa que se apresenta para buscar a efetividade dos novos direitos é a adequação dos instrumentos de interpretação e aplicação dos direitos, de forma a que não sejam usurpados por maiorias parlamentares eventuais, e que também independam destas maiorias para que sejam reconhecidos e aplicados. Ou seja, passou a ser necessária uma subordinação da atividade legislativa à Constituição, como forma de garantir os direitos sociais.

Feitas estas considerações, passamos a observar que Zagrebelsky (2007, p. 33-34) indica como característica do que denomina [...] *Estado constitucional* [...], uma efetiva subordinação, formal e material, da lei à Constituição e um catálogo de direitos invioláveis diretamente atribuídos pela Constituição, independente de lei ordinária, e protegidos

de eventuais maiorias políticas, opondo isto ao que denomina de [...] *Estado de derecho legislativo* [...] que se apresenta em uma situação histórica na qual, durante o século XIX, o positivismo jurídico acrítico foi a concepção de direito própria do *Estado de Direito*, tendo na instância legislativa a concentração da produção jurídica. Entretanto esta nova forma jurídica de interpretação, que se opondo à forma de interpretação jurídica clássica do liberalismo, privilegia a norma constitucional em detrimento da norma ordinária, não pode ser tida como uma mudança de paradigma que desencadeia um novo fenômeno concebido como *Estado constitucional*. Vale dizer, como um novo tipo de Estado ou mesmo uma nova concepção de Estado que se contrapõe à de Estado de direito (liberal ou autoritário em termos políticos). De forma diferente, entende-se que o Estado constitucional já existente desde o final do século XVIII, sempre foi baseado no direito, e tem sua trajetória marcada de forma indelével pelo Estado liberal e pelo Estado social. A mudança paradigmática compreendida por Zagrebelski deve ser reduzida exclusivamente a uma alteração interna ao Estado constitucional e derivada de fatores que apresentam características fundamentalmente econômicas e sociais – especificamente a positivação de direitos sociais em constituições rígidas protegidas contra o abuso do legislador - e que exigiram uma alteração na forma de compreender o papel jurídico a ser exercido pela Constituição, especificamente quanto à necessidade de incorporar e garantir os novos direitos que não estavam postos no momento da construção do Estado revolucionário burguês.

1.4.1.2 A Classificação de Pérez Luño

Ainda, se faz necessário esclarecer que outra conceituação de Estado constitucional, que se diferenciaria do Estado de Direito (assim designado o Estado liberal) e também do Estado social, fora outorgada por Pérez Luño e observada por Cademartori e Duarte (LUÑO apud CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 31) o qual resumidamente a estabelece por meio de dois elementos: 1) o deslocamento do princípio da primazia da lei e do controle jurisdicional da legalidade para o princípio da primazia da constituição e do controle jurisdicional da constitucionalidade; 2) o reconhecimento de direitos difusos, como direitos de terceira geração. Quanto à caracterização feita pelo jurista espanhol Cademartori e Duarte (2009) observam:

[...] é que todas as previsões constitucionais (de liberdades públicas individuais no Estado de Direito e direitos socioeconômicos e culturais no Estado social), enunciadas apenas em caráter formal, agora podem ser objeto de uma tutela jurisdicional, vale dizer, são justiciáveis, e isto se deveu, sobremaneira, a Kelsen. De fato, foi o jurista austríaco quem contribuiu de forma decisiva ao afirmar o protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição (*Hutter der Verfassung*) na sua polêmica com Carl Schmitt na etapa da República de Weimar, tendo isto ocorrido em 1931. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 32, grifo do autor).

E resumindo as considerações de LUÑO:

[...] o Estado Constitucional será identificado como Estado de Direito de terceira geração, assumindo o papel de delimitar o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira dimensão, cujo conteúdo gira em torno de temas como a paz social, o direito às relações de consumo, a qualidade de vida e ou a liberdade ampla de informação (o que inclui, portanto, o meio virtual). Assim delimitam-se, então, direitos difusos, vale dizer, direitos que não possuem um destinatário específico, seja ele coletivo ou não, como marca preponderante de uma nova configuração estatal. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 33).

Esta concepção não deixa de realizar a diferenciação entre Estado liberal e Estado social e, portanto, de levar em consideração a tipologia de direitos que são característicos destes dois modelos de Estado, respectivamente as denominadas liberdades públicas (direitos individuais) e os direitos socioeconômicos e culturais. Entretanto agrega um terceiro tipo de direitos que não apresentam destinatário específico e por isto recebem o nome de difusos, fazendo a partir disto a demarcação de um terceiro tipo estatal, que denomina Estado constitucional, cuja conceituação apresenta ainda o fator relativo à possibilidade de serem os direitos, agora em todas as suas dimensões, justiciáveis por meio da existência de um controle jurisdicional de constitucionalidade.

Na mesma esteira da crítica feita anteriormente à proposição realizada por Zagrebelsky, entendemos que não são relevantes os argumentos apresentados por Pérez Luño para que se demarque um terceiro tipo de Estado.

Como já se afirmou anteriormente, a instrumentalização jurídica que passa a conferir efetividade a novos direitos, seja por meio da transformação do modelo de jurisdição ou da adequação dos instrumentos de aplicação dos direitos, não pode ser tida como uma mudança de paradigma que cria o Estado constitucional como um novo tipo de Estado deslocado do Estado de liberal e do Estado social. Deve ser ressaltado, que a ideia de que todas as previsões constitucionais enunciadas apenas em caráter formal devem passar a ser objeto de uma tutela jurisdicional no âmbito material é algo que se confunde com a pretensão, já identificada, a partir do esforço jurídico-hermenêutico realizado para conferir efetividade aos direitos sociais. E a contribuição de Kelsen na formação do sistema de jurisdição constitucional europeu, que sem dúvida serviu como importante auxílio a esta pretensão, não pode ser a demarcadora da existência de um novo tipo de Estado denominado de Estado constitucional, uma vez que a jurisdição é somente instrumento e, por isto, não define o conteúdo dos direitos, estes sim qualificadores do tipo estatal. Caso não se tenha esta clara aferição pode-se cair em uma armadilha na qual, a cada novo tipo de mecanismo de controle de constitucionalidade que porventura se venha a ter no futuro, e que possibilite maior efetividade aos direitos, seria também permitido defender o surgimento de uma nova tipologia de Estado, situação esta que não seria adequada ao reconhecimento de paradigmas jurídicos.

Quanto à emergência dos denominados direitos difusos como marca de um Estado de terceira geração e que identificaria um Estado constitucional, no qual os direitos não possuem um destinatário específico, configurando-se isto como sua marca preponderante, deve ser destacado que não há nada que diferencie estes direitos dos direitos individuais e dos direitos sociais que não seja o seu caráter processual. Esta afirmação encontra seu fundamento em duas observações que podem ser feitas a partir da análise do próprio entendimento realizado por Pérez Luño (2007) quanto aos direitos difusos e coletivos: a) os direitos colocados nas categorias de difusos e coletivos em virtude do seu conteúdo são na realidade desdobramento dos já consagrados direitos individuais ou sociais e a eles encontram-se submetidos: ao analisar descritivamente os direitos fundamentais na Constituição

espanhola, Pérez Luño (2007, p. 196-197) reconhece junto aos direitos sociais de caráter laboral outros como o direito à saúde, e estreitamente vinculado a ele o propósito constitucional de assegurar a todos uma qualidade de vida digna por meio da defesa de um meio ambiente adequado, que guarda ainda uma íntima relação com direitos de caráter econômico e cultural. Também se pode agregar a isto a observação de que outros direitos como, por exemplo, das relações de consumo³⁰, estão diretamente vinculados à tutela do hipossuficiente nas relações contratuais do mercado, incidindo sobre a regulação da liberdade de contrato, questão típica dos direitos individuais. Este entendimento contribui para o reconhecimento de que direitos colocados na categoria de direitos difusos são na realidade desdobramentos dos já consagrados direitos individuais e sociais; b) a ampliação da legitimação para a defesa de direitos fundamentais configura o reconhecimento do caráter coletivo dos direitos individuais ao lado dos direitos sociais como aperfeiçoamento dos meios para a defesa de interesses coletivos de direito individual ou social: Pérez Luño (2007) reconhece que entes coletivos podem tanto ser titulares de direitos sociais ou de direitos típicos da liberdade³¹, e como já observado, são nas próprias palavras do jurista espanhol que se pode encontrar o caráter jurídico-processual dos direitos difusos e coletivos:

Deve-se também ter presente que um dos fenômenos mais interessantes que registra a

³⁰ No Brasil a lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), com suas recentes alterações, regulou forma particular de tutela de interesses difusos. Diz seu “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica e da economia popular.

³¹ Conforme o autor “Em lo tocante a la *titularidade* hay que rechazar como simplista el planteamiento que la vincula em las libertades al hombre individual, y los derechos sociales a los grupos. Es cierto que titulares de derechos sociales pueden serlo, en ocasiones, los grupos em los que la persona se integra para el mejor logro de sus objetivos (asociaciones, sindicatos, colégios profesionales, etc.). Pero no es menos certo que también los entes colectivos pueden ser titulares de derechos personales (inviolabilidade del domicilio, libertad de expresión...), civiles (garantias procesales y pènales...) o políticos (participación de los partidos en el processo electoral...)” (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 208).

evolução da titularidade dos direitos fundamentais nos últimos anos é a tendência a ampliar a legitimação estritamente individual para a defesa de interesses *coletivos ou difusos*. A experiência das décadas mais recentes em tais matérias como o meio ambiente, a saúde, ou a defesa dos consumidores tem mostrado a conveniência em reconhecer à generalidade dos cidadãos a legitimação para se defenderem daquelas agressões a bens coletivos ou interesses difusos que, por sua própria natureza, não podem ser contemplados sob a ótica tradicional da lesão individual. A partir disto se tende a postular a admissão de formas de *ação popular* como meio idóneo para superar a concepção individualista do processo, permitindo a iniciativa a qualquer interessado – individual ou coletivo – na proteção destes interesses. Trata-se, em suma, de institucionalizar novos meios para a defesa jurídica de interesses que não se podem considerar privativos de uma pessoa ou grupo, por incidir nas faculdades e interesses dos cidadãos em seu conjunto. (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 208-209, grifo do autor, tradução nossa)³².

³² No original: Debe también tenerse presente que uno de los fenómenos más interesantes que registra la evolución de la titularidad de los derechos fundamentales em los últimos años es la tendencia a ampliar la legitimación estrictamente individual para la defensa de intereses *colectivos o difusos*. La experiencia de las décadas más recientes em materias tales como el medio ambiente, la salud o la defensa de los consumidores há mostrado la conveniencia de reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden contemplarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí que se tienda a postular la admisión de formas de *acción popular* como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado – individual o colectivo – em la protección de estos intereses. Trata-se, em suma, de institucionalizar nuevos medios para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o de um grupo, por incidir em las facultades e intereses de los ciudadanos em su conjunto.

Além disto, o reconhecimento de que existem direitos que pertencem a uma coletividade e também direitos difusos que são de interesse de todos indistintamente, inclusive do próprio Estado, conferindo às representações coletivas, além dos indivíduos, a legitimação para pleitear juridicamente estes direitos significa ainda, a manifestação de um profundo golpe na concepção liberal clássica, vista anteriormente, de aversão à possibilidade de que os indivíduos sejam representados coletivamente, ou de que tenham uma vontade coletiva que não seja a própria vontade do Estado.

Sem dúvida, o reconhecimento da existência dos direitos difusos e coletivos, significa um grande avanço teórico e operacional nos desdobramentos dos direitos fundamentais, além de possibilitar uma significativa ampliação quanto aos instrumentos jurídico-processuais que possibilitam dar uma maior efetividade a estes direitos. Contudo, esse duplo caráter conferido aos denominados direitos difusos e coletivos, em que pese suas especificidades, também não constituem uma mudança paradigmática que possibilite a identificação de outro tipo de Estado além do Estado Liberal e do Estado social por não se apresentar configurada uma mudança de caráter político e econômico, que signifique uma marcante alteração nas relações políticas e sociais.

Em resumo à análise às possíveis configurações relativas ao Estado constitucional, percebemos que existe, na literatura jurídica, uma indeterminação teórica sobre o que caracteriza e diferencia o Estado liberal, também denominado de Estado de direito, daquele que o sucedeu. É possível encontrar teses que exemplificam esta caracterização por meio da identificação de subordinação do direito e da lei à Constituição em oposição a uma subordinação do direito à lei, e também na identificação da emergência de um controle jurisdicional de constitucionalidade e no reconhecimento de direitos difusos e coletivos, oferecendo, nestes casos, a denominação de Estado constitucional em contraposição a Estado liberal.

Estas teses não se apresentam como essencialmente excludentes e não deixam de apontar a existência de um caráter evolutivo na forma de garantia da realização dos direitos fundamentais, entretanto, desconsideram ou minimizam a importância do ambiente político e econômico que determina cada modelo de Estado em um determinado período ou lugar e que consideramos fundamental para a identificação dos modelos de Estado construídos e existentes a partir do movimento constitucionalista.

Assim, sob este entendimento, constatamos que o *Estado liberal* não teve como sucessor o *Estado constitucional*, mas é sim origem

deste, por meio do qual se estabelece uma concepção – na qual a Constituição tem papel central - que reduz e limita o poder estatal por meio de uma divisão do seu exercício e da minimalização de suas funções econômicas e sociais frente à sociedade. O *Estado social*, por sua vez, denuncia um rompimento paradigmático ocorrido dentro do Estado constitucional, como resultado da crise do liberalismo e da emergência dos direitos sociais, sem que se houvesse um total abandono dos direitos individuais. Neste sentido, o *Estado social* apresenta-se como uma derivação do *Estado liberal* dentro do conceito de *Estado constitucional*.

1.5 AS CONCEPÇÕES LIBERAL E SOCIAL DE ESTADO NA DEFINIÇÃO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DAS CONSTITUIÇÕES

A partir do reconhecimento da existência de concepções de Estado, de característica liberal e social, por meio do qual se concebe que o Estado liberal não tem no Estado social uma total contraposição, podendo o segundo ser entendido como uma derivação do primeiro, representando ambos uma diversificação interna ao Estado constitucional, passamos a uma definição mais clara quanto a estas concepções e à verificação relativa àquilo em que efetivamente ambas se diferenciam. Também identificaremos os elementos do que denominamos *comando político-jurídico* presente em todos os sistemas constitucionais³³, de forma explícita ou implícita, e que se traduz como elo entre a ambientação política e econômica de um lado e jurídica de outro, configurando desta forma a atividade central da Constituição.

³³ Aqui, de forma específica, utilizamos a denominação *sistemas constitucionais* pelo motivo de que – no ocidente - existem Estados que apresentam tradições jurídicas distintas que indicam uma variação de sistemas jurídicos, que contam com constituições escritas ou não escritas, rígidas ou flexíveis, dogmáticas ou históricas, sendo ainda possível que se encontrem sistemas mistos. Esta variação indica a presença de diferentes sistemas constitucionais, que podem ou não contar com um documento escrito e promulgado de forma solene. Entretanto, no presente trabalho, utilizamos o termo *Constituição* e a denominação *sistema constitucional* com o mesmo conteúdo significativo, variando somente quanto ao contexto em que se queira pluralizar ou singularizar o sentido da expressão.

É com base na importância conferida às categorias de direitos fundamentais³⁴ do Estado que se torna possível identificar concretamente a diferença entre os dois modelos estatais. A partir do século XIX, é identificável a formação de pelo menos duas grandes concepções do Estado, as quais se podem denominar como: a) uma *concepção liberal de Estado*, não somente típica do século XIX, mas também presente nos séculos XX e na atualidade, como forma de asseguramento prioritário de direitos individuais clássicos, de que são exemplo a liberdade e propriedade, em detrimento dos direitos sociais; e b) uma *concepção social de Estado*, a qual não apresenta a garantia dos direitos individuais como único objetivo, mas que reconhece também os direitos sociais, a partir da experiência originada com sua positivação constitucional a partir da segunda década do século XX, em três fases: b.1) na primeira fase os direitos sociais como direitos não são tidos como fundamentais, e portanto encontram-se em patamar inferior aos direitos individuais. Esta fase da *concepção social de Estado*, se apresentou como inicial na transição que se fez a partir do Estado liberal e teve sua origem, mais bem definida, na Alemanha, em Weimar, por meio da constitucionalização dos direitos sociais em 1919³⁵, e assumindo abertamente a intervenção do Estado na economia, visando tanto a “racionalização da economia” como também a “transformação do sistema econômico” (NUNES, 2011, p. 37); b.2) na segunda fase, além da permanência da característica que concebe um poder de intervenção econômica do Estado, os direitos sociais passam a ser tidos como direitos fundamentais e, portanto, apresentam-se em posição igualitária aos direitos individuais, ou seja, com um mesmo regime jurídico. A partir da segunda metade do século XX foi possível identificar sistemas jurídico-constitucionais que incorporam

³⁴ O termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” têm sido utilizados como sinônimos. Entretanto aqui se adota a distinção assinalada por Pérez Luño em que o termo direitos fundamentais são utilizados para designar direitos positivados a nível interno, e direitos humanos para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais. (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 44).

³⁵ Conforme Pérez Luño, “La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad com los derechos socialis, superando así los polos opuestos de individualismo y del colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales em tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919” (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 39).

normativamente os direitos sociais, deixando-os no mesmo nível dos direitos individuais, dependendo do modo como foram sistematizados nos textos constitucionais de cada Estado, ou de como são interpretados pela comunidade jurídica; b.3) a terceira fase, se estabelece por meio do reconhecimento da legitimidade coletiva e difusa dos direitos fundamentais por meio da ampliação de instrumentos jurídico-processuais que acabam por diluir a dicotomia estabelecida entre direitos individuais e sociais, possibilitando o reconhecimento da particularidade social de todos os direitos fundamentais.

Portanto, as diferenças entre Estado liberal e Estado social, encontram-se relacionadas às duas concepções de Estado que lhes são correlatas: *concepção liberal de Estado* e *concepção social de Estado*, as quais se estabelecem sob o entendimento existente quanto ao aspecto econômico e social do Estado e, também, sob a identificação de qual é a característica de amplitude conferida aos direitos fundamentais. E assinalar a existência destas duas ampliativas concepções não significa afirmar que existam correntes teóricas homogêneas ou que transpassem décadas ou séculos sem modificação ou mesmo que exista um único modelo teórico que sustente cada uma delas. Bem mais do que isto, é possível uma variação teórica indeterminada quando se objetiva justificar ou implementar, por meio da atividade estatal, os valores de uma ou de outra concepção de Estado. Entretanto é possível identificar padrões que caracterizam, de forma geral, uma ou outra concepção teórica.

Neste sentido, na delimitação dos contornos da *concepção liberal de Estado*, em Böckenförde (1993) percebe-se o entendimento de que efetivamente se construiu uma teoria liberal do Estado de direito burguês, relativa aos direitos fundamentais – fato este que serve de sustentação à afirmação da existência de uma *concepção liberal de Estado* – como também encontram-se esclarecimentos quanto às características centrais dessa teoria:

Para uma teoria liberal (do Estado de direito burguês) dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. Se estabelecem para assegurar, frente à ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual e social que estão precisamente expostos, segundo a experiência histórica, à ameaça do poder do

Estado. (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 48, tradução nossa)³⁶.

Observa-se claramente nessa definição uma centralidade dos direitos individuais e, mais especificamente, a garantia de liberdade do indivíduo como preocupação central da *concepção liberal de Estado*. Em sentido oposto, o aprimoramento de uma *concepção social de Estado*, relativa aos direitos fundamentais, apresenta-se como contraposição ao significado dado a uma *concepção liberal de Estado*, o qual pode ser retirado das características acima expostas. Assim, a garantia de direitos não fica reduzida à liberdade do indivíduo frente à atuação estatal, como também não se admite uma absolutização de qualquer direito tido com fundamental.

Na *concepção social de Estado*, a partir de sua segunda fase, os direitos sociais são colocados em regime de igualdade com os direitos individuais. E, além disso, os valores básicos de um Estado liberal e democrático, como a liberdade, a propriedade, as dimensões da igualdade no seu aspecto formal, a segurança jurídica e a participação popular na formação da vontade estatal não somente estão protegidos em um Estado Social, como também este tem a pretensão de torná-los mais efetivos dando-lhes uma base e um conteúdo material. Isto tudo, partindo-se da suposição de que o indivíduo e a sociedade não são categorias apartadas e contraditórias, mas sim que apresentam implicações recíprocas, não podendo uma realizar-se sem a outra (GARCÍA-PELAYO, 1985, p. 26). Isto significa que, na *concepção social de Estado* os direitos individuais, assim como os direitos sociais, dependem da atuação objetiva concreta do Estado³⁷.

³⁶ No original: Para la teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado.

³⁷ Nesta compreensão fica esclarecido que a concepção social de Estado não deve ser simploriamente confundida com uma concepção marxista de Estado. Sem dúvida, uma concepção social de Estado, marcadamente quanto aos direitos fundamentais, tem sua inspiração na concepção marxista de sociedade, dada a sua preocupação com a afirmação da igualdade substancial. Mas deve ser observado que não pode ser confundida com a marca do Estado Socialista, pois se realiza ainda nos marcos do sistema capitalista, e nunca teve por objetivo substituí-lo mas tão-somente torna-lo palatável, diminuindo sua índole de mau distribuidor da riqueza produzida e possibilitando respostas

E se o Estado social não substituiu o Estado liberal, mas somente o aperfeiçoou, também é possível identificar que o Estado liberal, em sua forma clássica, nunca deixou de existir efetivamente. Logo no surgimento do Estado social em sua primeira fase é possível reconhecer, por meio da análise de textos constitucionais, que houve uma convivência, no mesmo período histórico, entre Estados liberais e Estados sociais, a qual se arrasta até os dias atuais³⁸.

A identificação destes tipos de Estado, não se realiza exclusivamente por meio da análise interpretativa dos textos constitucionais que lhe dão suporte, mas também por meio de uma consequente subordinação interpretativa às concepções vinculadas respectivamente a cada um destes dois modelos de Estado, a *concepção liberal de Estado* e a *concepção social de Estado*. E neste sentido, a teoria do direito utilizada por uma comunidade jurídica auxilia uma correta interpretação do direito, caso esteja coadunada ao tipo de Estado ao qual se encontra submetido o ordenamento jurídico estatal o qual encontra-se definido pela interpretação que se faz dele e também *no comando político-jurídico* da Constituição - cujos elementos esporemos mais adiante.

Este comando, que ao mesmo tempo é político e jurídico, resulta do entroncamento existente entre dois comandos: a) do sistema político que dá origem à Constituição e identifica a finalidade ou objetivos do Estado que nas sociedades modernas encontram-se submetidos à

aos influxos socialistas. Neste sentido, como contribuição ao entendimento de que a concepção social de Estado, relativa aos direitos fundamentais não destituiu a garantia dos valores liberais, esclarece Böckenförde "La idea de los derechos fundamentales sociales no aparece, vista así, como algo que se oponga a la garantía de la libertad del Estado liberal-burgués de Derecho, sino como su consecuencia lógico-material en una situación social modificada." (BÖCKENFÖRDE, 1993. p. 75).

³⁸ Exemplificando isso, por meio de uma análise dos textos constitucionais é possível verificar que, assim como o Brasil em 1934, países bálticos e alguns países do leste da Europa, foram influenciados pela Constituição de Weimar, o mesmo não ocorreu com países como Reino Unido, França (NUNES, 2011, p. 40) e também E.U.A. E na atualidade é possível identificar a existência de Estados sociais, cujas constituições receberam o influxo da concepção de Estado social a partir da sua segunda fase, de que temos exemplo as Constituições italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988, as quais convivem temporalmente com a Constituição liberal dos E.U.A de 1787.

realização de direitos entendidos como fundamentais; b) e do sistema jurídico que os incorpora a seus códigos internos e passa a emitir comandos jurídicos deonticos que não abandonam e permanecem vinculados aos comandos políticos.

Conforme observado anteriormente, foi já durante a formação do ideário do Estado burguês que, por meio de Montesquieu, sentiu-se a necessidade de contextualizar a época e lugar na definição dos objetivos do Estado, apresentando a limitação do exercício do poder estatal – sinônimo de liberdade política - como objetivo direto da Constituição do Estado. Entretanto, George Jellinek (1970) pode ser apontado como o primeiro a realizar uma sistematização sobre os fins do Estado, ainda sob a concepção do Estado liberal do século XIX. O autor apresenta uma classificação, definida em fins objetivos e subjetivos, e também uma justificação teleológica que tem o mérito de reconhecer um conteúdo valorativo na definição dos fins do Estado e de rejeitar a concepção de que o Estado é um fim em si mesmo, (JELLINEK, 1970, p. 196-197). No século XX, quando já emergira o Estado social, Alessandro Groppali indentifica na ordem, no bem-estar e no progresso a finalidade como sendo um dos elementos essenciais formadores do Estado (GROPPALI, 1962, p. 110)³⁹. É possível concluir que as modernas constituições têm sido estabelecidas sob o entendimento de que a finalidade deve ser um dos elementos constitutivos do Estado e que a realização de direitos fundamentais é seu objetivo principal. Fica clara esta afirmação a partir da constatação de que se passou a definir os objetivos e fins do Estado por meio de diretrizes normativas juridicamente estabelecidas e positivadas nos textos constitucionais as quais se encontram sistematicamente vinculadas aos direitos fundamentais e suas garantias de realização e não violação.

Assim, a despeito da possível variação, no campo da taxionomia constitucional, relativa aos elementos que definem o *comando político*-

³⁹ Groppali detectando que as "[...] Constituições dos países livres [...]" (GROPPALI, 1968, p. 62-63), asseguram a todos os cidadãos a igualdade e a liberdade, em vários desdobramentos, acaba por sustentar que "[...] a liberdade não deve ser fim em si mesma, mas meio para assegurar o progresso mediante um conjunto de reformas económicas e políticas que realizem uma justiça social cada vez maior com a diminuição das diferenças entre as várias classes, também a igualdade, em vez de pretender igualar o inigualável, destruindo as inevitáveis diferenças individuais, deve procurar estimulá-las e ajudá-las, assegurando a todos as mesmas condições iniciais de vida social para o pleno desenvolvimento de suas actividades e personalidades [...]" (GROPPALI, 1968, p. 64).

jurídico das constituições, trabalhamos sua conceituação da seguinte forma: a) as *diretrizes* são o conjunto de normas sistematicamente formadas pelos fundamentos e objetivos do Estado definidos de forma explícita ou implícita na Constituição, e são decorrentes do conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional; b) o *regime jurídico* conferido aos direitos fundamentais identifica a amplitude de sua aplicabilidade, obrigatoriedade e vinculação dos poderes constituídos para a sua realização; c) o *mecanismo de garantia do comando político-jurídico* é definido pelas normas constitucionais que delegam poderes e definem a forma de controle, que garante a realização das *diretrizes* por meio da aplicação das normas de *direitos fundamentais*.

A combinação destes elementos permite afirmar a existência de *comando político-jurídico* do qual sempre é possível perceber seu *sentido ideológico* o qual, por sua vez, aponta para o enquadramento em um dos tipos de Estado e orienta as tarefas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. E conforme é demonstrado no decorrer deste trabalho, o desenvolvimento ou aperfeiçoamento de teorias jurídicas podem responder às necessidades e tarefas impostas por um ou outro tipo de Estado que pode ser identificado.

Mas, é necessário observar que, mesmo entre sistemas constitucionais que podem ser genericamente classificados em uma mesma concepção de Estado, também podem ser identificadas específicas *diretrizes* da atuação estatal, distintos *regimes jurídicos dos direitos fundamentais*, bem como diferentes *mecanismos de garantia* das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais* que exigem distintas teorias jurídicas de interpretação e aplicação. Exemplificadamente podemos dizer que tanto Constituição estadunidense de 1787, quanto a Constituição austríaca de 1920 poderiam ser enquadradas como típicas da *concepção liberal de Estado* caso apresentem *diretrizes* semelhantes e igual *regime jurídico de direitos fundamentais*, mas isto não significa que uma mesma teoria jurídica lhes fosse igualmente adequada. Por apresentarem diferentes *mecanismos de garantia* - a primeira com um critério difuso de controle de constitucionalidade e a segunda com um critério concentrado -, e ainda mais por pertencerem a diferentes tradições jurídicas - respectivamente *common law* e *civil law* - podem apontar para modelos teóricos também diferentes para sua interpretação e aplicação.

De outra forma, também em sistemas constitucionais distintos para os quais se pretenda - a partir de uma mesma *concepção de Estado*

– a vinculação a um dos tipos de Estado, podem ser utilizadas ou desenvolvidas teorias jurídicas distintas, exigidas a partir de outros fatores que são diversos dos elementos do *comando político-jurídico* inscritos em seus textos constitucionais. Estes fatores se traduzem na constatação de existência de uma tradição jurídico-hermenêutica que seja adequada, ou na necessidade de rompimento com tradições jurídicas que impeçam a vinculação pretendida. Assim, a Alemanha pode ser tida como referência de um Estado social não pelo que dispõe o texto da sua Lei Fundamental de 1949, o qual não prevê a existência de direitos sociais⁴⁰, mas sim em virtude de interpretações e decisões de seu Tribunal constitucional que são feitas por meio da utilização e construção de uma *doutrina (jurisprudência) de valores* a qual passou a fazer parte de seu sistema constitucional.

Se isto não for plenamente observado, é possível que se adotem as mesmas teorias jurídicas para Estados enquadrados na mesma concepção de Estado, mas que apresentam *comandos político-jurídicos* diferentes. Por este motivo, em virtude do objetivo central deste trabalho, será necessário que, mais adiante, tenhamos uma definição sobre qual é o específico *comando político-jurídico* da Constituição brasileira de 1998, formado por suas *diretrizes, regime jurídico de direitos fundamentais e mecanismos de garantia*. Como também será necessário que seja identificado o seu *sentido ideológico*, o qual determina as funções exercidas pela Constituição brasileira e orienta as tarefas dos órgãos estatais.

1.6 AS TEORIAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO DAS CONCEPÇÕES DE ESTADO NA REALIZAÇÃO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO

A preocupação teórica central existente no plano jurídico liberal, sempre fora a tutela e garantia dos denominados direitos individuais

⁴⁰ Em que pese o fato de a Constituição alemã de 1919 ter sido, juntamente com a mexicana de 1917, uma das primeiras a terem inscrito um “catálogo” de direitos sociais, a tendência não continuou no Pós-guerra, quando da elaboração da Lei Fundamental de 1949. Não foram incluídos, no corpo da Constituição, os direitos sociais, embora estes já constassem na maioria das constituições dos Estados da Federação Alemã (KRELL, 1999, p. 244). A explicação para tal fenômeno deve ser buscada na compreensão da história política e jurídica da Alemanha durante a primeira metade do século XX.[...] (ESTEVES, 2007, p. 33-34).

(FERRAJOLI, 2002, p. 14). E com a significativa mudança ocorrida nas relações entre a sociedade e o Estado, por meio das constituições sociais, passou a emergir a necessidade de modificação na teoria jurídica até então conhecida e aplicada ao modelo liberal de Estado. Ao mesmo tempo em que se construiu uma *concepção social de Estado*, fatalmente também surgiu a necessidade do aprimoramento de uma teoria jurídica que, no plano teórico, tenha por objetivo a tutela e a garantia dos denominados direitos sociais. Sob este entendimento deve ser norteado o estudo sobre as constituições e as teorias que buscam interpretá-las e aplicá-las. Para isso, é necessário verificar se o Estado social apresenta uma teorização jurídica acompanhando a sua trajetória.

A tarefa teórica de descrever e justificar o Estado liberal ou o Estado social, ou de modelar suas estruturas aos direitos que os fundamentam, nunca esteve reduzida à filosofia, à política e à economia. O desenvolvimento teórico do direito sempre cumpriu papel fundamental nesta teorização. Este postulado que afirma a existência de empreitadas teóricas no âmbito direito, que induz à sua conformação a uma concepção de viés político-econômico, merece especial atenção a fim de contradizer qualquer discurso que afirme que as teorias jurídicas e suas aplicações não estão alinhadas a programas políticos e econômicos. Neste sentido afirmamos que, no campo do direito, sempre se apresentou como necessária, tanto a identificação de modelos teóricos que servissem de orientação ao funcionamento de um Estado liberal, quanto a identificação de modelos teóricos que sejam adequados aos objetivos de um Estado social. Ou seja, a cada tipo de Estado constitucional deve fazer-se apensar teorias jurídicas capazes de oferecer condições de que os aplicadores do direito contribuam na tarefa de realizar o *comando político-jurídico* inscrito em seus sistemas constitucionais.

Tem sido comum o não enfrentamento de tal questão uma vez que, geralmente, não se tem tratado a teoria do direito sob a compreensão de que comandos político-jurídicos distintos, definidos pelo legislador constituinte, podem exigir teorias jurídicas também distintas. A falta de compreensão e também de enfrentamento desta questão, tem como resultado a existência de um ecletismo jurídico em termos hermenêuticos que possibilita aos integrantes do poder judiciário optar por uma ou por outra teoria jurídica de interpretação independente de sua vinculação ao modelo de Estado constitucionalmente previsto. Assim, por hipótese, pode acontecer que, em um Estado com uma Constituição liberal, a escolha do método de interpretação jurídica

utilizado pelos membros do poder judiciário se encontre vinculada a uma *concepção social de Estado* e, inversamente, em um Estado com uma Constituição social, a escolha do método de interpretação jurídica utilizado pode encontrar-se vinculada a *concepção liberal de Estado*. Situações deste tipo dificultam a realização do *comando político-jurídico* definido em uma Constituição e configuram a existência de um agir ilegítimo dos membros do judiciário que, desta forma, colocam-se em lato oposto ao modelo de Estado escolhido democraticamente pela sociedade em que se incluem.

1.6.1 O Caráter Ideológico das Teorias Jurídicas

Não negamos, pelo contrário, afirmamos que a opção pela utilização de diferentes teorias jurídicas de interpretação e de aplicação do direito sempre apresentam-se vinculadas ideologicamente a uma ou outra concepção de Estado. O conceito de ideologia aqui tratado não significa algo que tem sido corrente e correspondente a “falsa consciência” que implica ilusão ou deformação da realidade⁴¹. O termo apresenta outros significados possíveis como, por exemplo: “discurso” (EAGLETON, 1997, p. 171-192), e também como [...] tomada de posição [...], [...] instrumento de análise crítica [...], [...] instrumento de justificação [...], como [...] programa de ação [...], ou ainda como [...] linguagem [...] (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 182-183). A conceituação de ideologia, portanto, não se identifica somente com processos de alienação da consciência.

Entendendo a ideologia como um conceito axiológico, sob o entendimento de que a linguagem ideológica é também valorativa Ferraz Junior (1998) explica que os valores são expressões abertas que “[...] em geral constituem critério de avaliação de ações [...]” e que a “[...] valoração ideológica [...]”, por sua vez, “[...] tem, por objeto imediato, os próprios valores [...]” sendo “[...] uma metacomunicação que estima as estimativas, valora as próprias valorações, seleciona as seleções, ao dizer ao interessado como este deve vê-las [...]” (FERRAZ JUNIOR,

⁴¹ Conforme Löwy (2010), este significado de ideologia, que deriva do sentido dado ao termo por Napoleão ao contrapor-se a Destutt de Tracy no início do século XIX, foi utilizado por Karl Marx a partir de 1846 no livro *A Ideologia Alemã* e “[...] continua sua trajetória no marxismo posterior a Marx, sobretudo na obra de Lenin, onde ganha um outro sentido, bastante diferente: a ideologia como qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais [...]”. (LÖWY, 2010, p. 11-12).

1998, p. 183). É, portanto, por meio da linguagem, que as ideologias retiram a abertura dos valores, atuando como agentes neutralizadores desses mesmos valores. Neste sentido, Ferraz Junior (1998), fazendo referência a Umberto Eco, exemplifica a neutralização de valores por meio desta metacomunicação (valoração ideológica) dizendo que “[...] a liberdade é um valor mas, no discurso dogmático, ela é sempre liberdade no sentido liberal, conservador, fascista, comunista, etc. [...]” (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 183).

Adotamos aqui o significado de ideologia como *tomada de posição* e como *programa de ação*, admitindo o termo como um conceito axiológico positivo que diz respeito à forma de organização da sociedade, e explicitando que o *discurso* ou a *linguagem* também exerce papel decisivo como fator ideológico por realizar uma neutralização de valores enquanto que, ao mesmo tempo, preserva outros valores.

Partimos da premissa de que o direito não deve ser visto como algo destituído de conteúdo político-ideológico, como se fosse representação de pureza e imparcialidade, estando desvinculado das vontades humanas; pelo contrário, é uma construção racional que influencia o exercício do poder, mediante a inserção de seus postulados objetivos de conformação da convivência humana, que também dependem da interpretação que lhe é feita para que possam ser observados. Na lição de Ferrajoli (2002), o direito:

[...] não é uma entidade natural, senão uma construção lingüística e simbólica cuja consistência conceptual e força vinculante dependem em grande parte do empenho cívico e intelectual de seus intérpretes, sejam estes juízes ou juristas (FERRAJOLI, 2002, p. 14)

O caráter ideológico do direito pode ainda estar presente nas próprias teorias, podendo ser encontrado tanto na sua concepção jusnaturalista, como na sua concepção positivista. E a existência de um sistema jurídico estatal, qualquer que seja ele, sempre será submetido a uma destas duas compreensões sobre o direito, sendo também certo que a sua demarcação deve ser realizada por meio da existência dos seguintes elementos: a) um conjunto normativo; b) um órgão encarregado de proferir as decisões jurídicas; c) uma cultura jurídica. Este último elemento, é integrado pelas técnicas de interpretação jurídica utilizadas pelos interpretes e aplicadores do direito, assim como

as ideologias relativas ao papel do direito as quais sustentam estas técnicas e que são compostas por elementos como a linguagem, modo de pensar e valores incorporados por professores, pesquisadores, advogados, juízes e membros do ministério público. (TARELLO, 1995). A cultura jurídica é desenvolvida desde os bancos das faculdades de direito até o momento da aplicação judicial e se transmite temporalmente recebendo modificações que alteram as instituições jurídicas conforme os interesses e motivações ideológicas dos intérpretes e aplicadores do direito.

A aceitação da noção de existência de uma cultura jurídica, como elemento de um sistema jurídico, torna claro que as teorias jurídicas formuladas na intenção de interpretar e aplicar o direito, por mais destituídas de conteúdo valorativo que queiram se apresentar, cumprem ideologicamente uma tarefa de característica político-jurídica. A teoria jurídica escolhida por um ou outro jurista, a partir da qual expõem conceitos e explicações, explicitamente ou implicitamente declara sua intenção de como deve ser entendido e aplicado um determinado conjunto normativo.

Ao se tratar de teorias jurídicas, especificamente relativas aos direitos e suas garantias, há que se ter em conta que analisar o comportamento teórico quanto ao tratamento dispensado ao exercício e amplitude desses direitos, significa identificar o comprometimento ideológico destas teorias. Por meio da análise da forma pela qual uma determinada teoria jurídica formula seus postulados e realiza a interpretação jurídica, é que se pode entender a maneira pela qual esta teoria se compromete com as tarefas de explicação e justificação de determinado tipo estatal.

A análise do resultado efetivo de utilização de diferentes teorias jurídicas pode ainda ser cotejada com as diferentes concepções de Estado que as utilizam e submetem, sob o entendimento de que, sejam quais forem, demonstrarão comprometimentos político-ideológicos na conformidade em que são vinculadas a um ou outro específico tipo de Estado⁴².

⁴² Conforme Ferrajoli: "Durante el siglo XX, la coexistencia de expresiones de ambos modelos há sido una nota característica de la legislación y – más generalmente – de la adopción de políticas públicas en los países desarrollados de Occidente y de aquellos que reciben su influjo, variando, eso sí, el peso de los componentes de cada modelo de acuerdo a las fluctuaciones ideológico-políticas coyunturales." (FERRAJOLI, 2002, p. 59).

1.6.2 As Teorias Jurídicas na Realização do Comando Político-Jurídico das Constituições

Conforme já exposto, a aplicação das teorias do liberalismo econômico clássico enfrentou obstáculos que levaram a teoria econômica, ainda no século XIX a exigir, cada vez mais, uma maior regulação do mercado, em que pese tenham existido influxos – acompanhados de refluxos - liberais no final do século XX e início do século XXI. Também, a forma de participação da sociedade na formação da vontade estatal em muito se transformou desde a época de restrição feita por meio do voto censitário e masculino, até novas formas de organização política que além de ampliarem a participação política alicerçada no voto, também buscaram garantir uma maior igualdade no processo de escolha de representantes. Paralelamente a isto, e conforme já explanado anteriormente, após a proclamação dos direitos sociais, resultado das lutas sociais desenvolvidas nos séculos XIX e XX, ocorrera a positivação e reconhecimento dos mesmos em grande parte dos sistemas jurídicos. Esta nova situação legitimou a emergente necessidade de intervenção estatal nas relações sociais, exigindo que o Estado despertasse da sua condição de inércia defendida pelo individualismo e pelo liberalismo, até culminar na estabilização jurídica dos direitos sociais por meio de sua positivação nas constituições sociais - assim denominadas as constituições adstritas a uma concepção social de Estado. Claramente é possível ver que as questões ideológicas ultrapassaram as disputas travadas nos órgãos legislativos ordinários para colocar-se também no patamar judicial demonstrando a percepção de existência de um *sentido ideológico* nas constituições. Este fato leva à necessidade de revisão do entendimento sobre o papel de influência exercido ideologicamente pelas constituições na teoria jurídica e vice-versa.

Dependendo das circunstâncias, é possível que uma teoria de interpretação e aplicação do direito encontre-se em uso pelos membros de uma comunidade jurídica de duas maneiras: a) como instrumento que se encontra moldado a cumprir o *comando político-jurídico* definido pela Constituição; b) como instrumento que não se amolda ao *comando político-jurídico* definido na Constituição oferecendo-lhe resistência ideológica. Entretanto, esta última situação não é aceitável perante a

concepção de constitucionalismo democrático que se realiza sob o entendimento de que o princípio da soberania popular é um dos parâmetros basilares do Estado constitucional e com o qual se compromete este trabalho.

Este compromisso de lealdade ao *comando político-jurídico* apresenta claramente uma guinada no campo teórico, com implicações diretas na forma como devem ser juridicamente realizadas a interpretação e aplicação do direito. Isto coloca em questão qual é a teoria jurídica de interpretação e aplicação que melhor se adapta a uma Constituição, dependendo do tipo de Estado a que ela esteja enredada. A resposta a este questionamento é encontrada no entendimento de que, no campo da atividade do Judiciário, uma Constituição e consequentemente todo o ordenamento jurídico a ela submetido, não podem ser interpretados senão por meio de uma teoria jurídica afinada e comprometida ideologicamente com a realização do *comando político-jurídico* determinado por esta mesma Constituição.

As tarefa de construção e consolidação do tipo de Estado previsto em uma Constituição dirigem-se às três esferas de poder estatal e àqueles que o exercem, ofício este da qual não encontram-se, portanto, desincumbidos o poder judiciário, seus órgãos e pessoas que exercem funções neste órgão estatal. Assim, no modelo de Estado liberal e no modelo de Estado social, a teoria do direito deve ser entendida como sendo um meio, e não um fim, orientado pela ideologia definida constitucionalmente.

Como já afirmado, por meio da opção pela utilização de uma teoria jurídica se expõem conceitos, explicações e se declara a intenção de como deve ser entendido e aplicado um determinado conjunto normativo. Entretanto, a escolha teórica não pode deixar de observar, obrigatoriamente, quais são os valores que fundamentam o conjunto de normas postas e, em específico, os valores que fundamentam a Constituição, sob pena de, por meio da utilização de um conjunto teórico que lhe é inadequado, impedir a realização do *comando político-jurídico* constitucional.

Estas observações demonstram a necessidade de que sejam analisadas quais são as diretrizes básicas que permitem a realização de uma escolha entre teorias jurídicas de interpretação e aplicação do direito, que sejam mais adequadas a uma Constituição liberal ou a uma Constituição social.

1.6.3 As Teorias Jurídicas sob a Perspectiva das Concepções de Estado

Uma análise genérica das constituições, quanto aos elementos que constituem o *comando político-jurídico* de uma constituição possibilita diferenciar e identificar Estados liberais e Estados sociais. Entretanto, não é somente o texto constitucional que pode determinar este reconhecimento pelo intérprete. Fundamentalmente, é na submissão da interpretação constitucional a um dos tipos de concepção de Estado que se pode entender se este é de tipo liberal ou social. Por exemplo, isto significa que a análise de uma Constituição repleta de direitos sociais, em convivência com direitos individuais – como é o caso da brasileira de 1988 –, pode não resultar na identificação e reconhecimento de um Estado social, se a interpretação que se faz dela é realizada por meio de uma *concepção liberal de Estado* que diferencia o regime jurídico dos direitos individuais e sociais – mesmo contrariando o texto constitucional – possibilitando aos primeiros melhores condições para aplicabilidade jurídica. Ou ainda, quando desconsidera a rigidez constitucional⁴³, a fim de mitigar o caráter social ou insuflar o caráter liberal da Constituição. Da mesma forma, a análise de uma Constituição que textualmente nem mesmo enuncia direitos sociais – como faz a estadunidense – pode, ainda, possibilitar a identificação e reconhecimento de um Estado social se – submetida a uma *concepção social de Estado* – for realizada uma interpretação que se desvincule hermeneuticamente do texto positivo e confira a determinados direitos sociais o caráter de fundamentais em regime jurídico de igualdade com os direitos individuais.

Assim, a adoção de uma teoria jurídica de interpretação e aplicação, a ser utilizada frente a uma determinada Constituição, pode não desconhecer qual é o resultado pretendido nesta aplicação. Exemplificadamente, se o intérprete e aplicador pretender um resultado que garanta a aplicabilidade, em condições de igualdade, de direitos individuais e sociais e deparar-se com uma Constituição que em seu texto positivado não prevê ou garante este resultado ou, inversamente, caso o intérprete e aplicador não tenha a intenção de que os direitos

⁴³ A rigidez constitucional deve ser entendida como proteção contra o abuso do legislador (ZAGREBELSKY, 2007, p. 32) e também como proteção contra o abuso do judiciário.

individuais e sociais sejam aplicados em condições de igualdade, mas depara-se com uma Constituição que coloca direitos individuais e sociais em regime idêntico de aplicabilidade, será tentado a utilizar – em ambos os casos - uma teoria jurídica inadequada à realização do *comando político-jurídico* da Constituição. Em sentido contrário, se a intenção for um resultado que garanta a aplicabilidade, em condições de igualdade, de direitos individuais e sociais e a Constituição em seu texto prevê ou garante este resultado ou, inversamente, se a intenção é de que os direitos individuais e sociais não sejam aplicados em condições de igualdade, e a Constituição não coloca direitos individuais e sociais em regime igualitário de aplicabilidade será utilizada legitimamente – em ambos os casos - uma teoria jurídica que privilegia a realização do *comando político-jurídico* da constituição.

Não há como duvidar que os construtores das teorias jurídicas de interpretação e aplicação do direito são influenciados pelas concepções ideológicas que carregam. Entretanto isto não é aceitável quando se trata de interpretar e aplicar a Constituição utilizando-se das teorias jurídicas. É uma exigência implícita das próprias constituições que a teoria jurídica a ser utilizada na sua interpretação e aplicação esteja adequada ao seu tipo estatal e ao seu *comando político-jurídico*, e também que os intérpretes e aplicadores se afastem o máximo possível de suas concepções ideológicas pessoais vinculando-se o máximo possível à realização do *comando político-jurídico* da Constituição e submetendo-se, portanto, à concepção de Estado que lhe é peculiar ⁴⁴.

⁴⁴ Eros Grau alega a existência de dois tipos de ideologia no âmbito do direito. Conforme o autor, "*Ideologia do direito* é aquela portada pelos textos, pelos enunciados dos quais se extrai o sentido deôntico do direito. *Ideologia jurídica* é aquela produzida por quem usa ou fala do direito" (GRAU, 2003, p. 96). Diz ainda que "[...] afirma-se equivocadamente, que a interpretação produzida pelos juízes (*autêntica*) também inúmeras vezes subverte a *ideologia do direito*. Mas isso não ocorre: se os enunciados, os textos, nada dizem (dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem, ao produzir normas), a *ideologia do direito* é também produzida pelo intérprete autêntico" (GRAU, 2003, p. 96). Discordamos desta última assertiva pelo motivo de que a ocorrência da subversão feita pelo juiz, daquilo que o autor chama de *ideologia do direito* (e identificamos como sendo o *sentido ideológico do comando político-jurídico*), pode acontecer independente do que dizem ou da quantidade do que dizem os textos jurídicos, bastando que o exercício de interpretação e aplicação do direito seja feito a partir de uma *concepção de Estado* que seja diversa daquela à qual está conectado o sentido ideológico do direito que está posto nos textos jurídicos.

E, em que pese a particularidade dos *comandos político-jurídicos* das constituições é necessário analisar se pontos que lhes são convergentes e indicam o enquadramento em um tipo específico de Estado podem contribuir para que se esclareça se existem teorias que genericamente podem ser adequadas ou inadequadas aos tipos estatais ou a constituições específicas.

Nos dois capítulos seguintes procuraremos identificar, sob as perspectivas da *concepção liberal de Estado* e da *concepção social de Estado*, se existe uma teoria jurídica que se apresente mais adequada ao sistema constitucional que lhe é respectivo. Com isto, pretendemos identificar qual teoria jurídica seria mais adequada à realização do *comando político-jurídico* das constituições liberais, sob a perspectiva da *concepção liberal de Estado* e qual seria a teoria jurídica mais adequada à realização do *comando político-jurídico* das constituições sociais sob a perspectiva de uma *concepção social de Estado*. Após isto, identificaremos o tipo de Estado no qual se enquadra a Constituição brasileira, por meio da análise de seu *comando político-jurídico* e seu *sentido ideológico*, de modo a, partindo das constatações realizadas quanto às teorias adequadas às constituições liberal e às constituições sociais, identificar qual é a teoria mais adequada à Constituição brasileira.

CAPÍTULO 2

A TEORIA JURÍDICA ADEQUADA ÀS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO

É por meio da averiguação de quais parâmetros jurídico-teóricos se utilizaram os construtores do Estado liberal que se pode ter clareza sobre qual (ou quais) teoria(s) jurídica(s) podem ter sido adequadas à realização do projeto político liberal encartado nas constituições que findaram o século XVIII e iniciaram o século XX. Mas, para que esta tarefa seja completa e permita um melhor entendimento sobre qual o papel desempenhado por esta teorização, antes é necessário que se realize um exercício que leve ao entendimento a respeito de ter o liberalismo ajustado às suas necessidades um arcabouço jurídico-teórico já existente, ou se desenvolveu sua própria teorização jurídica. Neste sentido é possível, por meio de um resgate histórico, entender se existiram uma ou mais teorias jurídicas construídas ou adotadas a partir do surgimento do Estado liberal e seu regime constitucional e qual o papel que desempenharam na sua formação e manutenção.

2.1 O JUSNATURALISMO E A ESCOLA DA EXEGESE COMO INSTRUMENTOS DO LIBERALISMO ILUMINISTA

Desde a antiguidade, no pensamento jurídico ocidental, se faz presente a distinção, ainda em curso, entre *direito natural* e *direito positivo*. Em “Antígona” o dramaturgo grego Sófocles, por meio do diálogo entre Antígona e o rei Creonte nos deixa claro que os antigos já debatiam diante do confronto entre o *direito natural* e o *direito positivo*, aquele divino e perene, e este mortal e circunstancial⁴⁵. Também em Aristóteles podemos encontrar o entendimento de que existe e pode ser

⁴⁵ Nesta tragédia grega escrita a cerca de 2.500 anos, Antígona, após de ter sido presa ao realizar o sepultamento ilegal de seu irmão é confrontada por Creonte, a partir do que se estrai parte do diálogo que pode ser tido como a questão central da peça teatral: “ – Sabias que eu tinha proibido essa cerimônia? – Sabia. Como poderia ignorá-lo? Falaste abertamente. – Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis? – Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram”. (SÓFOCLES, 1999, p. 35-36).

conhecido um direito natural diverso do direito composto por normas fixadas pelo Estado⁴⁶. Entretanto, em que pese a longevidade da ideia de existência de um direito que é natural, não podemos ter o termo “direito natural” como indicativo de um só conceito ou uma só concepção. Conforme nos assegura Fassò (1997)

Na história da filosofia jurídico-política, aparecem pelo menos três versões fundamentais, também com suas variantes: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de uma lei “natural” em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si. (FASSÒ, 1997, p. 656).

É a partir do século XVII, com Hugo Grócio, que temos o desenvolvimento de um *jusnaturalismo* moderno que abandona o arquétipo teológico e passa a propor um direito ditado pela razão e que adquire características laicas e com uma validade universal com a

⁴⁶ Conforme interpreta Norberto Bobbio, são utilizados dois critérios por Aristóteles para realizar a distinção entre direito natural e positivo: “a) o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachouí*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.” (BOBBIO, 1995, p. 15). Aristóteles faz esta distinção entre o direito natural e o direito positivo a partir do capítulo VII do livro V de sua obra *Ética a Nicômano*, iniciando por meio da seguinte observação: “Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida [...]” (ARISTÓTELES, 1991).

pretensão de possibilitar seu reconhecimento por todos os povos (FASSÒ, 1997, p. 657). E pode ser observado entre o *jusnaturalismo* antigo (e também medieval) uma diferença marcante em relação ao *jusnaturalismo* moderno no aspecto de que o primeiro constitui uma teoria do direito natural como norma objetiva, e o segundo se apresenta como uma teoria de direitos subjetivos colocando-a em perfeita sintonia com o individualismo liberal, cerne do iluminismo do século XVIII, exigindo da autoridade política o respeito aos direitos que são naturais do indivíduo (FASSÒ, 1997, p. 658). Entretanto, o *jusnaturalismo* moderno manteve, à maneira como externou Sófocles por meio de Antígona, o caráter de perenidade do direito natural, agora não mais servindo-se de Zeus, mas sim de um tipo abstracto de homem dotado de razão, do qual se pretendia deduzir todas as regras construindo um sistema jurídico pretensamente universal. Neste sentido, verifica-se que a escola do direito natural do século XVII, alicerce da filosofia iluminista do século XVIII, está na origem das declarações dos direitos do séc. XVIII⁴⁷. Na França, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (agosto de 1789), a assembleia pretendeu fazer uma declaração dos direitos que fosse universal, permanente, e eterna. (GILISSEN, 2001, p. 425).

Contudo, é possível perceber que o Estado revolucionário burguês que se formava em finais do século XVIII, sob os postulados do individualismo liberal utilizou-se do *jusnaturalismo*, descartando-o na sequência e substituindo-o pelo *juspositivismo*, apresentando uma conversão talvez somente comparável historicamente, em termos de adoção de uma concepção dogmática em substituição a outra, à adoção do cristianismo pelo Estado Romano com Teodósio no ano 380. Em outros termos, ocorrera a positivação dos postulados *jusnaturalistas* por meio da Constituição, que é a forma pelo qual o sistema jurídico passou a reger a sua própria autonomia, realizando, desta forma, o fechamento do sistema jurídico. (LUHMANN, 1995, p. 113).

O racionalismo do *jusnaturalismo* perdera seu caráter instrumental, uma vez que não se colocava mais em questão os valores do individualismo burguês, pois isto já estaria racionalizado, bastava ser aplicado. Já tendo cumprido o desígnio que lhe fora dado anteriormente, de servir de como teorização justificadora dos direitos eleitos e tidos

⁴⁷ A declaração francesa de 1793, que precede a Constituição do "ano um" da revolução, afirma que o esquecimento, e o desprezo dos "direitos naturais" são "a causa única das desgraças do mundo". (GILISSEN, 2001, p. 425).

como naturais e, portanto, já tendo cumprido sua tarefa, o *jusnaturalismo* fora proscrito de qualquer tarefa teórica na interpretação do direito.

Em 1790, logo um ano após a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Assembleia Nacional Constituinte da França decidiu pela redação de um código civil único para todo o reino (GILISSEN, 2001, p. 450), fato este que já prenunciava uma intenção que se confirmaria mais tarde, de abandono do direito natural, assim que estivessem bem definidos e positivados legalmente quais eram estes direitos. A iniciativa somente se consolidou, após várias tentativas durante o conturbado processo revolucionário, com a imposição do Código Civil em 1804 por Napoleão Bonaparte, cuja influência se alastrou para países de direito romanista da Europa e da América Latina (GILISSEN, 2001, p. 416-417).

O *jusnaturalismo* sujeitou-se à conjuntura política e econômica, alinhou-se à ideologia do liberalismo, entendendo seus ideais como exigências da razão (FASSÓ, 1997, p. 658), e na sequência sucumbiu ao direito positivo. A liberdade de contrato, a igualdade formal, a propriedade em seu caráter absoluto, etc., foram tidos por universais e perenes e depois, nesta condição, foram positivados e regulados. Neste mesmo momento, a legislação francesa, alicerçada na codificação destes direitos, revogou tudo que lhe era contrário, e não somente costumes e leis do antigo regime, como também leis da própria Revolução Francesa (GILISSEN, 2001, p. 15). Conforme explicita FASSÒ (1997),

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transpondo o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado. (FASSÒ, 1997, p. 659).

O liberalismo concebeu a Constituição como instrumento destinado a estabelecer limitações ao exercício do poder estatal e a tornar perenes os direitos individuais, construídos sob a acepção do *jusnaturalismo*. A legislação ordinária, por sua vez, traduziu em leis estes direitos que não poderiam sofrer interpretação que não fosse o que o próprio texto legal definia. Neste contexto, a opção pelo *juspositivismo* como teoria jurídica do novo tipo estatal, somente pode ser entendida como opção orientada ideologicamente. Este movimento, apontou a necessidade de desenvolver, ou aperfeiçoar, uma teoria para responder às necessidades e tarefas impostas pelos defensores do Estado liberal, agora não mais revolucionários e opositores de um regime político, mas na posição inversa, como detentores do poder político estatal e imbuídos da tarefa de mantenedores da ordem constitucionalmente estabelecida. O método da *escola da exegese*⁴⁸ cumpriu este papel, e dominou a ciência do direito na França e na maior parte dos países da Europa continental de 1830 a 1880, e que conforme Gilissen teve no seu conterrâneo belga François Laurente (1810-1887), professor da Universidade de Gand, seu defensor mais aguerrido, do qual transcreve as seguintes palavras retiradas do prefácio de sua obra "*Principes de droit civil*"⁴⁹, no qual expõe a sua concepção do direito:

[...] <<o direito é uma ciência racional>>; o juiz não pode <<desobedecer à letra da lei sob pretexto de penetrar no seu espírito>>; <<os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabou a incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos>>. (LAURENT apud GILISSEN, 2001, p. 517).

Perecebe-se claramente a intenção de restringir a atuação do poder judiciário, mediante o apego excessivo às palavras da lei (CAMARGO, 2001, p. 68), com a intenção de que nela estivesse a

⁴⁸ Gilissen, aponta como precursor da Escola da Exegese, Malleville, que foi um dos redatores do código civil de 1804 e que publicou entre 1805 e 1814, a sua *Anayyse raisonnée de la discussion du Code Civil*, como "obra bastante mediocre, que não teve grande influência, mas que indicou a nova via". (GILISSEN, 2001, p. 516).

⁴⁹ Esta obra, à qual não nos foi possível ter acesso, conforme Gilissen foi publicada em 33 volumes, de 1869 a 1879 (GILISSEN, 2001, p. 517).

solução para todos os conflitos, pressupondo a inexistência de lacunas normativas e transformando o juiz em mero aplicador do texto legal.

Esta foi a fórmula adotada pela concepção liberal de Estado – desenhada sob as concepções iluministas – para tornar efetivos os ideais do individualismo burguês. O *juspositivismo* foi a concepção teórico-jurídica necessária a tornar efetivo o projeto da *concepção liberal de Estado*, demonstrando ser o instrumento adequado à realização da consolidação do interesse econômico e político estabelecido por meio da Constituição liberal e da legislação ordinária a ela submetida. Entretanto, conforme será visto, o *juspositivismo* exegético não ficou incólume a oposições.

2.2 A ESCOLA HISTÓRICA COMO OPOSIÇÃO AO LIBERALISMO ILUMINISTA

Já na sua origem a escola da exegese sofrera um embate com escola histórica do direito, a qual tem seu maior representante no jurista alemão Friedrich Savigny (1779-1861) o qual se opôs à tese do racionalismo iluminista sobre um direito natural e também da lei como única fonte do direito, concebendo um entendimento em que o direito fundamenta-se nos costumes, nas crenças populares e na jurisprudência⁵⁰. Conforme expõe Guido Fassò (2001, p. 50), para Savigny a lei deveria ter como única função oferecer subsídio ao costume para diminuir-lhe as incertezas e as indeterminações, conservando puro o verdadeiro direito que é a verdadeira vontade do povo. E foi na Alemanha, terra de Savigny⁵¹, que a escola histórica do direito mais se desenvolveu e apresentou grande sucesso. Juristas

⁵⁰ Nas palavras de Savigny, traduzidas por Adolfo Posada, "La síntesis de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; simple, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador". (SAVIGNY, 1946, p. 48). E conforme observa Guido Fassò (2001, p. 49), para Savigny o direito de cada povo são a língua, os costumes, a organização política, todos os elementos conectados uns aos outros, fazendo com que cada povo tenha consciência deles, e cuja origem não é acidental e nem arbitrária.

⁵¹ Savigny é originário de Frankfurt, do antigo principado germânico de Hesse. Nasceu em 1779 e morreu em 1861, sendo que a unificação da Alemanha aconteceu em 1871.

alemães reagiram contra a influência francesa da *escola da exegese*, e conforme Gilissen (2001, p. 515) "[...] sobretudo contra a ideia de codificação, juristas eminentes enfatizaram a ideia de *Voksgeist* (espírito do povo) [...]". Este embate entre a escola da exegese e a escola histórica, não ocorreu por mero exercício acadêmico, e deve ser contextualizado sob o entendimento de que a Alemanha tardou a se inserir no liberalismo⁵² e no constitucionalismo em comparação à França, e tem uma trajetória de construção político-constitucional iniciada somente em meados século XIX, após o processo de unificação dos antigos principados germânicos⁵³. Fatalmente, durante este período, a situação política e econômica alemã, diferentemente da francesa revolucionária, não se traduzia na emergência da necessidade de garantia dos direitos individuais e consequentemente na consolidação de um Estado liberal. Pelo contrário, a concepção de "espírito do povo" foi visivelmente uma recusa ao projeto liberal do iluminismo.

2.3 O CIENTIFICISMO NO DIREITO A PARTIR DA CRISE DO LIBERALISMO

A crise do Estado liberal, e consequentemente de sua perspectiva constitucional, vivenciada principalmente a partir de meados do século XIX e marcada profundamente pela desigualdade social, e pela emergência de uma legislação social – já denunciada anteriormente - teve como consequência imediata a crise do sistema político-jurídico e do arcabouço teórico que lhe deu suporte. Esta situação é traduzida pela constatação de uma oposição à teoria jurídica da escola da exegese que toma forma mais assentuada a partir dos anos 80 (oitenta) do século XIX e impõe-se no início do século XX (GILISSEN, 2001, p. 518).

E é importante perceber que justamente a partir do momento em que se iniciou um processo de legislação de direitos sociais – ainda no âmbito da legislação ordinária -, como corpo estranho que se colocava ao lado dos já então consagrados direitos individuais, surgiu uma nova doutrina jurídica que retirou da lei o status de única fonte do direito. E,

⁵² Sobre a trajetória alemã derivada de seu desenvolvimento capitalista tardio Carlos Mota faz importante retrospectiva. (MOTA, 1996, p. 215).

⁵³ Por meio dos escritos de Ferdinand Lassale (2001) realizados durante o processo de unificação alemã, é possível perceber o debate presente no processo de implantação do Estado constitucional na Alemanha o qual apresentava preocupação com a efetividade da Constituição.

em um momento que a ciência tomava seu lugar de honra na sociedade liberal do século XIX, o positivismo sociológico inaugurado com Auguste Comte⁵⁴ (1798-1857) apresentou-se como a ciência redentora da atividade jurídica. Neste período, a *escola da exegese* passou a ser contestada em nome de uma cientificidade que resgata o aspecto histórico como fonte do direito e, também, por vezes agregando outros aspectos como o sociológico, econômico e etc. E como observa Gilissen (2001):

Na realidade, não existe "uma" escola científica; há várias, cada uma delas pondo o acento sobre um ou outro aspecto das fontes do direito: histórico, sociológico, econômico, etc. Por isso, também se atribuem diversas denominações: escola de interpretação realista, escola sociológica, etc. (GILISSEN, 2001, p. 519).

Entretanto, em que pese poder existir uma certa pluralidade de denominações e vertentes que podem estar presentes no campo do cientificismo no direito, é possível destacar as principais teses que tiveram papel fundamental na manutenção do sistema político e econômico do Estado constitucional liberal, ou que se colocaram em sentido oposto ameaçando o equilíbrio deste sistema, como se verá na sequência.

2.3.1 O Juspositivismo formal da *Jurisprudência dos Conceitos* como Reparadora do Liberalismo

É possível apontar que o movimento cientificista no direito tem suas origens já no período em que reinava na França a exegese. Tem sua raiz na escola histórica do direito, com Savigny. E a continuidade de seu trabalho, na Alemanha, deu-se por meio de seu discípulo Georg Puchta (1798-1846) o qual propôs, no lugar da codificação legislativa, uma elaboração científica do direito com base histórica e encontrou na atividade já desenvolvida pelos pandectistas alemães, de reelaborarem antigas instituições do direito romano mediante a extração de conceitos, a base para o desenvolvimento da denominada *jurisprudência dos*

⁵⁴ No desenvolvimento de sua teoria positivista Auguste Comte, teve como precursor Saint-Simon que considerava-se discípulo de Condorcet (LÖWY, 2010, p. 41).

conceitos. Método este essencialmente formalista, mas segundo o qual, de forma diferente do método da *escola da exegese*, a norma escrita - dos novos códigos - não deve ser comentada, como se fazia por meio do método exegético, mas deve refletir conceitos no momento em que se realiza a sua interpretação. (FASSÒ, 2001, p. 57). Estabeleceu-se, desta forma, um formalismo não mais legal, mas sim conceitual representado por uma sistematização de caráter dogmático onde o direito passa a ser entendido a partir de conceitos previamente estabelecidos racionalmente e como fruto de um sistema lógico-detutivo.

Em que pese a contraposição apresentada pela *jurisprudência dos conceitos* à *escola da exegese*, ela não deve ser entendida como uma teoria que se opõe ao liberalismo, ou que compromete-se com uma reelaboração no direito como resposta aos problemas derivados da crise do Estado liberal, mediante a apresentação de soluções que possibilitariam atenuar a desigualdade provocada pelo individualismo burguês. É importante contextualizar que a *jurisprudência dos conceitos* culmina no momento em que uma Alemanha recém-unificada, procurava aplacar o atraso imposto por seu desenvolvimento liberal tardio e procurava modernizar-se inclusive com a adoção de um Código Civil em 1899⁵⁵. Contrariamente à ideia de oposição ao liberalismo, surgiu como instrumento de suporte aos postulados do Estado liberal por apresentar soluções para a crise do seu modelo jurídico. Neste sentido, apontamos as seguintes características que podem ser retiradas do papel desempenhado pela *jurisprudência dos conceitos*: a) pôde ser entendida como solução para lidar com a falta de agilidade da atividade legislativa, a qual não respondia temporalmente de forma adequada às exigências derivadas das rápidas transformações sociais provocadas pelo capitalismo, possibilitando alterar o direito vigente por via interpretativa e não somente por via legislativa; b) deve ser percebida como método que possibilitou uma oxigenação do sistema político-jurídico e econômico vigente à época ao retirar da atividade legislativa, falha e lacunosa, a tarefa de dar completude ao sistema jurídico. Esta função foi passada ao jurista que se substituiu na tarefa de comentarista literal para outra, de caráter hermenêutico, oferecendo uma articulação entre argumentações indutivas e dedutivas; c) possibilitou que se forjassem a ideia de um caráter não somente formal do discurso jurídico, mas também científico, onde não caberiam justificações valorativas e,

⁵⁵ O Código Civil Alemão (BGB) foi aprovado em 1899 e entrou em vigor em 1900.

portanto, destituído de opções políticas. Este entendimento contribuiu para a ilusão de que o direito essencialmente *é como ele é*, sem que exista na decisão judicial nada mais do que a transfusão do direito, purificado em conceitos, para o caso concreto, encontrando-se livre de valores ou das ideologias dos aplicadores do direito (os juízes), os quais somente traduzem cientificamente a vontade do legislador.

Entretanto, o direito e nem mesmo a ciência, encontram-se livres de valores ou de ideologias. Conforme já observado anteriormente, a cultura jurídica é um elemento determinante na demarcação de um sistema jurídico estatal, e é integrada não somente pela técnica de interpretação jurídica utilizada pelos interpretes e aplicadores do direito, mas também pela ideologia que sustenta a técnica a qual se encontra presente na linguagem, modo de pensar, e valores incorporados pelos juristas. Portanto, os valores dos juristas, e não dos legisladores, é que passaram a ter a tarefa de dar completude ao sistema por meio de conceitos hermenêuticos.

Esperar do jurista da segunda metade do século XIX, criado e abrigado em um sistema político-jurídico primado pelos valores do liberalismo, que compreendesse o sistema normativo e estabelecesse conceitos de forma a rejeitar estes valores, mesmo que estes já estivessem sendo contestados à sua época, talvez fosse comparável, em termos alegóricos, a aguardar que um sacerdote jesuíta do século XVII aceitasse a teologia de Cornelius Jansen (1585–1638)⁵⁶. É esclarecedor que foram depurados e dogmatizados conceitos sobre, por exemplo, *contrato, propriedade, responsabilidade civil, direito subjetivo*, etc., por meio de concepções ideológicas faltalmente ligadas à *concepção liberal de Estado*, que até hoje continuam sendo transcritos em manuais de direito sob a denominação de *instituições de direito civil* sem que nada ou muito pouco tenha sido alterado no seu conteúdo.

Também pode ser percebido que o conceito de *Constituição* desenvolvido desde o século XIX, que fatalmente recebeu os moldes da *jurisprudência dos conceitos*, impedia que os *direitos sociais* positivados na Constituição de Weimar (1919), sem que o constituinte tivesse lhes feito qualquer ressalva, adquirissem na concepção jurídico-doutrinária da época, um regime jurídico de igualdade com os direitos

⁵⁶ Filósofo e teólogo holandês fundador da doutrina do jansenismo protagonizou um enfrentamento teológico com a Companhia de Jesus (Jesuítas).

individuais⁵⁷. Motivo pelo qual já identificamos este período como sendo a primeira fase da *concepção social de Estado*.

Ou seja, a conceituação derivada da *jurisprudência dos conceitos* se prestou a dogmatizar definições de forma a dar completude à legislação, falha e lacunosa, e a manter a coerência interna do sistema normativo conceitual. Realizou esta tarefa fornecendo conteúdo axiológico aos conceitos e consequentemente impedindo que, juridicamente fosse realizada uma valoração sobre o direito legislado que não estivesse afinada com a cultura jurídica do liberalismo e também prejudicando o questionamento sobre a legitimidade do próprio sistema de soluções jurídicas oferecido para os conflitos sociais.

Assim, em resumo, verificamos que em momentos diferentes o *jusnaturalismo*, a *escola da exegese* e a *jurisprudência dos conceitos* se mostraram como as concepções jurídicas adequadas à realização do projeto político liberal em um período que se inicia nas últimas décadas do século XVIII e se estende até a primeira parte do século XX.

O *jusnaturalismo* não foi uma criação iluminista, no entanto, modernizado sob o influxo do racionalismo universal e apresentado como uma teoria de direitos subjetivos foi colocado a serviço do individualismo e do liberalismo servindo de esteio para a positivação destes valores. Triunfou ao mesmo tempo em que sucumbia à conjuntura política e econômica do liberalismo sendo dobrado aos seus valores, para depois ser descartado em nome do um positivismo legalista da *escola da exegese*, que teve por justificação a manutenção do "espírito da lei".

A *escola da exegese* possibilitou ao projeto político liberal as condições para consolidação do processo revolucionário burguês durante o século XIX, principalmente na França, e somente encontrou

⁵⁷ Gilberto Bercovici esclarece a opinião de Carl Schmitt sobre a segunda parte da Constituição de Weimar, onde fundamentalmente encontravam-se os direitos sociais: "[...] a segunda parte era uma segunda Constituição, um fragmento de outro tipo de Constituição, em oposição à neutralidade axiológica da Constituição própria do Estado Legislativo. Entre a neutralidade axiológica da primeira parte da Constituição (sistema de legalidade) e a acentuação axiológica das garantias de conteúdo material da segunda parte da Constituição, não poderia haver meio termo. Segundo Schmitt, a Constituição de Weimar estava literalmente dividida entre duas Constituições materiais dentro da mesma Constituição formal. Como não havia conexão da segunda parte com a primeira parte da Constituição, Schmitt denominou a segunda parte de Contra-Constituição". (BERCOVICI, 2004, p. 142).

resistência onde o processo revolucionário ainda não tinha atingido seu auge, como aconteceu na Alemanha. Paradoxalmente, foi em terras germânicas, que tendo como raiz a doutrina da *escola histórica*, opositora à doutrina da *escola da exegese*, se desenvolveu a *jurisprudência dos conceitos* que pugnou por um direito científico, de base histórica, e definidor de conceitos, como solução para os problemas de insuficiência do positivismo legalista encontrados durante a sua gestão de garantia da ordem estabelecida.

2.3.2 As Teorias Jurídicas de Enfrentamento ao Liberalismo e ao Juspositivismo Formal

É ainda no campo do cientificismo jurídico que podemos encontrar as primeiras manifestações que mais tarde irão possibilitar a existência de um movimento anti-dogmático que se contrapõe tanto ao positivismo legalista, representado pela *escola da exegese*, quanto a um *juspositivismo* de base conceitual, os quais formaram a base da teoria jurídica liberal. Este cientificismo mostra-se bem representado pela *jurisprudência dos interesses*, pelo *movimento para o direito livre* e pela *livre investigação científica* proposta por François Géný (1861-1959), e demarcam o campo do que é possível identificar como uma doutrina antiformalista de base sociológica, e serão a seguir conceituados.

2.3.2.1 A jurisprudência dos interesses

Em um momento posterior, contrapondo-se ao formalismo jurídico, representado tanto pela *escola da exegese* quanto pela *jurisprudência dos conceitos*, colocando-se mesmo como antítese desta (FASSÒ, 2001, p. 194), surgiu a denominada *jurisprudência dos interesses* que teve em Philipp Heck (1818-1892) seu principal expoente, o qual, inspirado no *finalismo* de Jhering (1818-1891)⁵⁸, sustentou que a função da atividade judicial seria possibilitar a satisfação das necessidades da vida presentes em uma determinada

⁵⁸ Jhering, não permaneceu durante toda a construção de sua obra sob um único entendimento quanto ao direito. Conforme observa Guido Fassó (2001, p. 191-192) a obra de Jhering divide-se em dois períodos, em que no primeiro podemos identificar o autor inicialmente no campo do positivismo jurídico, comprometido com a validade do método lógico-sistemático e posteriormente opondo-se ao positivismo jurídico, sem, no entanto abandonar o positivismo filosófico. O *finalismo* de Jhering refere-se ao segundo período.

comunidade jurídica, e que os valores a serem utilizados não deveriam ser o dos juízes nem da sociedade em geral, mas somente os que estivessem contidos na própria lei (HECK, 1999, p. 74). Assim, a expressão *vontade do legislador* tem conteúdo real em que o conceito de vontade não é psicológico, mas normativo, como conceito de *interesse* onde "O legislador não é um <<fantasma>>, é uma designação que engloba todos os interesses causais" (HECKE, 1947, p. 10, grifo do autor).

Camargo (2001) identifica a vinculação entre o *finalismo* e a *jurisprudência dos interesses* observando que "[...] para Jhering o direito não é criado por conceitos, mas por *fins* ou valores cuja realização se persegue. Heck atribui a esses fins a qualidade de comandos jurídicos, que encontram sua base na *necessidade*, ou no *interesse*" (CAMARGO, 2001, p. 95) – (destaque da autora). Verifica-se que, para esta concepção o direito não é criado por conceitos, mas por fins ou valores, demonstrando ser, pois, uma escola de cunho teleológico.

2.3.2.2 O movimento para o Direito livre

Neste período (entre os séculos XIX e XX), contrapondo-se ao formalismo no direito, destaca-se ainda outra concepção de caráter sociológico denominada *movimento para o Direito livre*. Caracteriza-se como um movimento que pode ser enquadrado em um fenômeno histórico bastante vasto, que se manifesta em muitos campos, desde a arte à religião, e cuja característica essencial é a revolta contra a tradição e o conformismo (FASSÒ, 2001, p. 196). Teve como precursor Eugen Ehrlich (1862 – 1922) que, na defesa da ideia de que a determinação das fontes do direito está na explicação sobre o surgimento do "[...] Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo" (EHRlich, 1986, p. 378), colocou-se em posição de total recusa a qualquer aspecto legislativo do direito, atribuindo-lhe um caráter exclusivamente doutrinário e concedendo ao Estado somente a tarefa de reconhecimento deste direito por meio da atividade jurisdicional.

2.3.2.3 A livre investigação científica

Talvez tenha sido François Gény, o principal teórico do antiformalismo jurídico, que patenteando os princípios da doutrina científica do direito, procura restituir a cada uma das fontes do direito,

sobretudo ao costume e à jurisprudência o lugar que lhes fora tirado pela escola da exegese sem, no entanto, abandonar o direito legislado. Por meio de uma concepção de base sociológica, admitiu a possibilidade de busca de uma solução para as lacunas normativas fora do texto legal por meio de um "[...] esforço científico, uma espécie de direito comum, geral por sua natureza, subsidiário por seu ofício, que supre as lacunas das fontes formais e dirige todo o movimento da vida jurídica" (GENY, 1954, p. 89, tradução nossa).

Gény, não abandona a lei como sua fonte principal, devendo ser aplicada sempre que a vontade do legislador fosse identificável. (GÉNY, 1954, p. 266). Entretanto, constata uma insuficiência das fontes formais do direito, devido à ocorrência de lacunas ou obscuridades incontornáveis, e afirma a necessidade de que a interpretação se utilize da natureza - conceito este extremamente vago e impreciso - realizando, assim, uma livre investigação científica "[...] porque ela não pode encontrar bases sólidas senão nos elementos objetivos que somente a ciência lhe pode revelar" (GÉNY, 1954, p. 78, tradução nossa).

Uma movimentação teórica do positivismo de caráter cientificista e sociológico, presente nas primeiras décadas do século XX, é representada, no campo do direito, pela *jurisprudência dos interesses*, pelo *movimento para o direito livre* e pela *livre investigação científica*. Opôs-se ao *juspositivismo* legalista e ao *juspositivismo* conceitual e é uma clara reação à mal sucedida tentativa de resolver, por meio do formalismo jurídico, a crise vivenciada pelo Estado liberal desde a segunda metade do século XIX.

Certamente Geny, assim como Ehrlich e Heck em suas teorias retomaram o *jusnaturalismo*. Entretanto, esta elaboração teórica não pode ser tida como jusnaturalista em sentido clássico e restrito do termo. Particularmente, em relação à concepção teórica de Geny, Guido Fassò (2001, p. 204) faz esta defesa sob o entendimento de que o *jusnaturalismo*, como já tratado anteriormente, pode ter outros dois significados: o primeiro que crê em um código transcendente à história, eterno e imutável; e o segundo que simplesmente pensa poder encontrar, por meio da razão, uma regra de conduta que exceda ou integre o direito positivo, fazendo uso de tal regra. Conforme Fassò (2001, p. 204), no pensamento de Geny estaria presente o segundo significado e, também, visivelmente sua teoria fica no meio termo entre uma posição positivista legalista e um jusnaturalismo de característica racional.

Da mesma forma que, conforme já observado anteriormente, é verificável que as concepções do *jusnaturalismo*, como doutrina de valores, são apresentadas como sendo a raiz filosófica do Estado liberal

em contraposição ao Estado absoluto, também é possível identificar que concepções valorativas, de viés *jusnaturalista*, foram resgatadas para dar vazão ao enfrentamento que se fazia ao modelo político e econômico liberal em crise e aos seus valores absolutizados por meio dos formalismos legal e conceitual. Nessa linha, é perceptível que a incorporação de uma concepção de direito que tinha por objetivo e finalidade realizar interesses sociais ou ideais de justiça, que não estavam inscritos na Constituição ou na legislação liberais, possibilitava à atividade jurídica a incorporação de elementos ligados à realidade sócio-econômica⁵⁹ e às questões morais, diferentemente do positivismo conceitual que rejeitava esta possibilidade.

Este movimento cientificista de base sociológica no direito, não ficou incólume a uma reação positivista de caráter normativista como se verá a seguir. Entretanto, na esteira do caminho deixado por essa doutrina antiformalista de base sociológica, desenvolveu-se a construção de teorias jurídicas, que resgataram valores morais em oposição ao formalismo jurídico, de que são exemplos as teorias axiológicas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Estas teorias tem um desenvolvimento singificativo a partir da, já identificada, segunda fase da *concepção social de Estado*, e por uma questão de método serão abordadas à frente a partir da análise que se fará sobre as teorias jurídicas adequadas às Constituições liberais e sociais sob a perspectiva da *concepção social de Estado*. Por enquanto iremos nos deter na investigação sobre a reação do positivismo jurídico em um momento de *resistência da concepção liberal de Estado*.

2.3.3 A Resistência da Concepção Liberal de Estado e o Juspositivismo Normativista de Kelsen

Nas décadas de vinte e trinta do século XX o mundo experimentava uma grande transformação. A Europa, particularmente, vivera um período conturbado do pós-guerra entre as potências capitalistas da época – fruto da própria crise do sistema capitalista mundial na sua fase colonialista⁶⁰ -, o qual contava com o primeiro

⁵⁹ Como pode ser observado, por exemplo, no realismo de Oliver Wendell Holmes. (HOLMES apud MORRIS, 2002, p. 425).

⁶⁰ Conforme MOTA, a Alemanha, a Itália e a Bélgica procuraram compensar com agressividade o fato de terem chegado atrasadas à partilha colonial realizada pelas potências européias na África e na Ásia, por isso a Primeira

Estado socialista, na Rússia, onde foram ceifados os valores do individualismo burguês, e que servia de exemplo para um ascendente movimento operário que se deparará ainda com um momento de profunda crise do sistema capitalista⁶¹. No plano interno do Estado liberal, neste momento de efervescência de teses e de movimentos anti-capitalistas, e também como resultado das concenssões feitas ao movimento operário, era cada vez mais crescente a positivação de direitos sociais iniciada no século XIX. Esse movimento teve, à época, como ponto culminante o fato de que, pela primeira vez na Europa, com a Constituição de Weimar, estes direitos passam a ser positivados não somente em legislação ordinária, mas também na própria Constituição, significando o que Avelãs Nunes descreve - e conforme já abordado - como uma *solução de compromisso* que teve por objetivo refrear aspirações revolucionárias anti-liberais, dando início ao que já identificamos como sendo à primeira fase da *concepção social de Estado*. Pode-se dizer que esta solução de compromisso significou um movimento de resistência da *concepção liberal de Estado* com forma de manutenção dos princípios básicos do Estado liberal. E, conforme também já visto, em outros Estados a solução capitalista para o combate ao socialismo ou a alguma ameaça que colocasse em risco a economia liberal, foi a implantação de regimes politicamente autoritários em política e liberais em economia⁶², impondo uma anomalia ao Estado contitucional quando esses Estados autocráticos se muniam de um texto constitucional outorgado, com a intenção de disfarçar sua índole autoritária.

Se, anteriormente a isto, o cientificismo do juspositivismo formal, representado pela *jurisprudência dos conceitos*, em um primeiro

Guerra tem seu início com a disputa de mercados coloniais. (MOTA, 1996, p. 215).

⁶¹ Sobre a crise de 1929 escreve o historiador René Rémond (1976) que "A consequência social mais visível de todas é o desemprego. Filas de desempregados estendem-se diante das sopas populares, das agências de auxílio. Nos Estados Unidos, calcula-se em 12 milhões o número dos desempregados, 3 milhões na Inglaterra, 6 milhões na Alemanha, 1 milhão na Itália, meio milhão na França, sem contar os desempregados parciais. Em 1932 há, pelo menos, 30 milhões de desempregados no mundo inteiro, que perderam seu trabalho e seus recursos e dezenas de milhões de desempregados parciais. Ao todo, centenas de milhões de homens sofrem em decorrência da crise" (RÉMOND, 1976, p. 71-72).

⁶² Como nos Estados de regimes fascistas cuja formação já destacamos por meio nas notas 24 e 29.

momento servira como alívio para a crise do sistema político-jurídico do Estado liberal, que reformulara o arcabouço jurídico teórico anteriormente fundado no *juspositivismo* legalista, em um segundo momento foram-lhe colocados novos desafios pelo cientificismo jurídico sociológico proposto durante a crise liberal das primeiras décadas do século XX. Neste sentido, o cientificismo jurídico antiformalista de base sociológica faltalmente enfraqueceu o positivismo jurídico, mas não o eliminou. Foi necessária uma revisão dos postulados do juspositivismo formal e de suas bases que se encontravam assentadas em um formalismo de tipo conceitual. Conforme esclarece Fassò (2001)

A doutrina antiformalista de fundamento sociológico certamente não destruiu o positivismo jurídico formal, mas, sem dúvida, o enfraqueceu de alguma forma; e se não o colocou em crise, constrangeu-o a uma espécie de exame de consciência, fazendo alguns duvidarem da salvação de suas base. Para reforçar esta base, ao formalismo jurídico foi necessário um aprofundamento crítico que lhe conferisse uma "cientificidade" menos incerta do que fora, de certa forma temerária, a atribuída até agora; [...]
(FASSÒ, 2001, p. 274, tradução nossa)⁶³.

A partir dessa situação, a experiência jurídica ocidental dos países capitalistas passou a contar durante a reação ao sociologismo jurídico, com a reformulação dos primados do *juspositivismo* por meio do resgate do formalismo jurídico com Hans Kelsen (2000) a partir de sua obra *Teoria Pura do Direito* que teve sua primeira publicação em 1934 a qual pode ser considerada uma das principais obras jurídicas do século XX. A afirmação quanto a esse protagonismo é confirmada pela observação de que o método desenvolvido por Kelsen (2000) é percebido como

⁶³ No original: Le dottrine antiformalistiche di fondamento sociologico non avevano certo distrutto il positivismo giuridico formalistico, ma indubbiamente in qualche misura lo avevano indebolito; e, se non l'avevano posto in crisi, lo avevano costretto ad una sorta di esame di coscienza, facendolo un po' dubitare della salvezza delle sua basi. Per rinsaldare tali basi il formalismo giuridico aveva bisogno di un approfondimento critico che gli conferisse una <<scientificità>> meno incerta di quella che esso si era, alquanto temerariamente, attribuito fino ad allora;[...]

sendo um paradigma e referencial teórico presente não somente em manuais de direito, como também nas principais construções teóricas realizadas no direito ocidental desde a sua edição até os dias atuais.

Este papel desempenhado pela *Teoria Pura do Direito* justifica a necessidade de compreender o papel exercido por ela junto ao desenvolvimento dos modelos estatais e suas concepções político-jurídicas. Quanto a isto, é necessário esclarecer que não se trata de afirmar a existência de um compromisso abertamente declarado de Kelsen com uma ou outra das duas *concepções de Estado*, mas sim de compreender o papel que pode ser desempenhado por meio da utilização de sua teoria na garantia de uma ou outra concepção de Estado, e no caso tratado neste ítem do trabalho, da *concepção liberal de Estado*.

Opondo-se às várias manifestações teóricas da escola científica do direito de base sociológica, e demonstrando preocupação com uma indeterminação existente à época quanto ao que seria o direito, e também sobre o conceito de *ciência do direito*, Kelsen, deixou claro que sua teoria tinha como alicerce estabelecer uma “[...] verdadeira ciência do direito [...]” (KELSEN, 2000, p. 118) que, em contraposição ao que alegou ser uma antecedente e tradicional ciência jurídica, estivesse despida de qualquer viés ideológico. A *falsa ciência jurídica* que atacou, dizendo que encontrava-se comprometida ideologicamente, dizia o direito como deveria ser, ao contrário da *verdadeira ciência do direito*, a qual teria como tarefa dizer o direito tal como ele é. Sob este entendimento, a *Teoria Pura* recusar-se-ia “[...] a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as ideologias por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada”. (KELSEN, 2000, p. 118).

Vê-se claramente que Kelsen entendia e indicava que a teoria que formulara não correspondia e não serviria a qualquer ideologia. E apontou como orientação metodológica desta teoria, livrar de qualquer conteúdo aquilo que entendia ser o direito, reduzindo o conceito deste a *sistema normativo*. Para o professor vienense, a comprometedora ideologia jusnaturalista, estaria encobrindo a realidade do direito. A partir deste esforço o direito estaria purificado, livre de qualquer intromissão externa, e a verdade sobre o direito estaria demonstrada cientificamente, pelo motivo de que estaria livre da ideologia. Isto tudo fica explicitado se observarmos as próprias palavras de Kelsen quando expõe o que entende na relação entre ciência e ideologia:

Precisamente através desta sua tendência anti-ideológica se revela a Teoria Pura do Direito como verdadeira ciência do Direito. Com efeito, a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto. A “ideologia”, porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, obscurece ou, com a intenção de atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra, a desfigura. (KELSEN, 2000, p. 118-119).

É necessário esclarecer que estas palavras de Kelsen se coaduna à utilização de uma específica conceituação do termo de ideologia, entendendo ser esta uma *falsa consciência* que implica ilusão ou deformação da realidade⁶⁴. Não leva em consideração outros possíveis significados do termo, como por exemplo, *tomada de posição* ou *programa de ação*, que adotamos aqui e são identificados por Tércio Sampaio Ferraz, conforme já observamos anteriormente. É preciso destacar que a falta de explicitação da existência de outro possível significado do termo ideologia não pode ser entendido como um erro grosseiro de Kelsen, em virtude de que no período em que elaborou sua teoria a *palavra ideologia* ainda não tinha adquirido outros significados. Como homem de sua época Kelsen esteve vinculado à percepção das construções conceituais existentes. Entretanto, é possível notar que Kelsen também demonstra apegar-se à concepção positivista desenvolvida por Auguste Comte na qual “[...] afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões de mundo [...]” (LÖWY, 2010, p. 39) o que denuncia a influência do ideal cientificista do positivismo do século XIX no seu pensamento. Na teoria kelseniana é possível perceber claramente uma ideia que entende ser possível realizar uma tarefa científica no campo do direito desligada do vínculo com classes sociais, posições políticas e etc... Isto leva à necessidade de realização de uma análise crítica ao trabalho de Kelsen sob os parâmetros conceituais o conhecimento teórico da atualidade.

A construção *juspositivista*, adotada por Kelsen, envolve-se em problemas de três ordens ligadas às relações existentes entre: a) ciência e ideologia; b) direito e ciência; b) direito e ideologia. A seguir, sob uma

⁶⁴ Sobre a origem e utilização deste significado do termo ideologia, ver nota 41.

análise crítica, serão trabalhadas as três relações com o fim de identificar a proposta kelseniana, como forma de contribuir para que, ao final, se compreenda qual a tarefa atribuída ao *juspositivismo normativista*⁶⁵ pela *concepção liberal de Estado*.

2.3.3.1 Ciência e ideologia

Não é adequado querer distanciar completamente a ciência da ideologia, como se aquela pudesse se libertar das ideologias presentes nas mentes dos que constroem a ciência. Esta não é algo que existe sem a intervenção humana e como tal, fatalmente está carregada de todas as insuficiências humanas. Nós humanos não demonstramos ainda a nós mesmos que é possível criar qualquer coisa, e especificamente um método racional de apreensão e compreensão do mundo que esteja totalmente desvinculado dos valores que carregamos. E é factível dizer que uma vontade epistemológica de desprendimento valorativo, desbravadora de um caminho orientado ao encontro de um saber que poderia se denominar de “conhecimento verdadeiro” seja ela mesma – no sentido compreendido por Kelsen – uma ilusão carregada de ideologia.

O conhecimento realiza-se por meio de exercícios construídos racionalmente dos quais faz parte a observação que o sujeito realiza sobre o seu objeto. Por este motivo, sujeitos diferentes podem ter percepção de realidade diferente sobre o objeto observado e, portanto, teriam percepções diferentes sobre o que poderia ser entendido como verdade. Mais do que isto, um mesmo sujeito, a partir de mudança de paradigma pode enxergar o objeto de forma diferente, conforme já observado por Thomas Kuhn (2005, p. 159) ao analisar as modificações da percepção humana sobre a realidade a que está submetido o cientista a partir da mudança paradigmática na ciência. Esta constatação fatalmente levou Kuhn (2005) a anunciar uma incerteza quanto à efetiva possibilidade de se encontrar uma verdade científica, pelo menos em termos absolutos, quando afirma que:

[...] talvez tenhamos que abandonar a noção, explícita ou implícita, segundo a qual as mudanças de paradigma levam os cientistas e os

⁶⁵ Utilizamos o termo *juspositivismo normativista* de forma a diferencia-lo do *juspositivismo da escola da exegese* ou legalista e do *juspositivismo da jurisprudência dos conceitos*.

que com eles aprendem a uma proximidade maior da verdade (KUHN, 2005, p. 215)⁶⁶

Não há como duvidar que o observador sempre carrega consigo, de forma imanente, uma ideologia qualquer, sob qualquer um de seus significados, resultado das suas próprias experiências, da qual não se pode libertar quando observa o seu objeto. A imanência desta ideologia na atividade cognitiva do observador, fatalmente interfere no resultado da observação realizada. O fator ideológico estará presente no método, que dele não ficará livre, como também estará presente na atividade cognitiva desenvolvida pelo observador que aplica o método, e não deve ser visto apenas como elemento perturbador do conhecimento científico, mas também como elemento que o ilumina e faz avançar.

Quando, na apresentação de um método e também na sua utilização não são explicitadas as condições ideológicas, sociológicas, econômicas e culturais do método utilizado, condições estas que devem explicitar as possíveis tarefas políticas às quais se pode prestar o método, mais distante fica uma pretensa verdade, ou pelo menos de uma demonstração possível da realidade.

Os objetos da ciência não podem ser compreendidos sem o valor que damos a eles, sendo mesmo necessário que seja identificado e exposto durante o exercício descritivo, configurando isto uma lealdade do observador para com a ciência e também condição necessária de produção de cientificidade, conforme observado por Morin:

A vontade de encontrar uma demarcação nítida e clara da ciência pura, de fazer uma decantação, digamos, do científico e do não-científico, é uma idéia errônea e diria também uma idéia maníaca. Na minha opinião, esse foi um dos raros e grandes erros de Popper. O notável é que a ciência não só contém postulados e “themata” não-científicos,

⁶⁶ Em que pese ser possível identificar na obra de Thomas S. Khun, que sua preocupação está menos voltada às Ciências Sociais do que àquelas que podem ser denominadas como Ciências ‘duras’, como a física e a química, a apresentação de seu pensamento na forma exposta neste trabalho não torna-se despropositada. Pelo contrário, se o autor retira estas conclusões das observações realizadas na física ou na química, cuja objetividade está mais presente do que nas Ciências Sociais, então mais ainda se mostram adequadas também em relação a estas últimas onde é maior o grau de subjetividade.

mas que estes são necessários para a constituição do próprio saber científico, isto é, que é preciso a não-cientificidade para produzir a cientificidade, do mesmo modo que, sem cessar, produzimos vida com a não-vida. (MORIN, 2000, p. 8)

Com relação ao estabelecimento de métodos científicos, crê-se que principalmente nas denominadas ciências sociais “é necessário que toda a ciência se interogue sobre suas estruturas ideológicas e seu enraizamento sócio-cultural” (MORIN, 2000, p. 26). Somente assim, analisando não somente o objeto, mas também o método de análise que se propõe, é possível entender qual o papel ideológico que exerce um determinado método de investigação, principalmente quando aplicado nas relações sociais, a fim de que seja possível entender o resultado da investigação. Mais ainda, quando se ideologiza o método por meio da desvalorização do objeto, sob o argumento de revelar a verdade nele contida (se é que isto é possível), faz-se justamente algo que se distancia da pretensão apresentada, pois, desta forma, se reduz e se desfigura o objeto, tornando o resultado da observação somente uma visão caricaturada desse mesmo objeto.

2.3.3.2 Direito e ciência

Acolhendo uma concepção clássica sobre o papel da ciência, presente no método juspositivista, de que esta só pode ser objetiva e verdadeira na medida em que eliminar totalmente qualquer interferência de valores Kelsen propõe uma aproximação entre direito e ciência sob a condição de pureza científica. E, conforme já exposto anteriormente, pode-se afirmar que na construção desenvolvida na obra *Teoria Pura do Direito*, ciência e verdade devem ser tidas como indissociáveis. O encontro com a *verdade* – como realidade possível de ser observada a partir da exclusão de elementos ideológicos – é elemento fundamental da pretensão de kelseniana. E, portanto, sendo o direito, o objeto proposto por Kelsen, a *verdade* buscada por seu método é, portanto, a *verdade* em relação ao que é o direito. Para ele, a *verdade* sobre o que é o direito, somente poderia ser alcançada caso a ciência a ser utilizada também, no seu entender, fosse verdadeira.

Para encontrar a *verdade* que procura, em relação ao seu objeto, Kelsen realiza dois exercícios metodológicos. O primeiro deles consistiu-se em delimitar a amplitude do seu objeto. E o fez elegendo o sistema legislativo estatal a que denomina de direito positivo. Excluiu de

sua apreciação qualquer outro sistema normativo (moral, político, etc.) que não seja o sistema posto legislativamente pela autoridade estatal. Ao fazer esta delimitação do seu objeto de estudo, inicia a partir daí a formação do seu método cognitivo. A redução da complexidade daquilo que entende ser o direito é uma opção de escolha e se apresenta, portanto, como parte integrante do método proposto. Verifica-se desde aí, uma característica da *teoria pura do direito*: uma confusão entre o objeto e o método de análise deste mesmo objeto. Esta situação, em que o objeto proposto é condição para utilização do método escolhido tem consequências sobre o que poderia ser entendido como uma ciência do direito, como se verá na sequência, e se configura como sendo o segundo exercício metodológico de Kelsen.

O método kelseniano, descarta qualquer análise sobre o conteúdo do sistema normativo escolhido como objeto. Kelsen pretende realizar um apartamento da sua teoria de tudo que possa estar relacionado a algum valor. Conforme a teoria pura do direito – que entende ser a verdadeira ciência jurídica –, o exercício de conhecimento da verdade sobre o direito é realizado por meio de uma verificação descritiva do sistema normativo (KELSEN, 2000, p. 82), ou seja, uma mera descrição do que está escrito nas normas jurídicas e das relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam. Cria-se um divisor entre o direito, como ordem normativa da conduta, e as diversas relações humanas.

Qualquer método que pretenda ser científico, em qualquer instância do conhecimento – aqui, o direito – e que apresente-se como neutro ou seja, destituído de valor, encontra-se comprometido ideologicamente, sendo este o caso onde enquadra-se o método kelseniano. Conforme expõe Warat:

[...] a Espistemologia Crítica da Ciência nos ensina que a reivindicação de neutralidade ideológica e objetividade científica, utilizando um método que rejeita a infiltração da ideologia, não se apóia em sólidos argumentos epistemológicos, mas em justificações valorativas que ao se apresentarem de forma encoberta, tornam-se plenamente eficazes. Assim, optar por uma ciência liberada de ideologia é optar por certa relação entre aquela e o mundo social. Trata-se de uma opção de valor, não pela ciência enquanto tal, mas pela função que a ciência possa cumprir com

respeito às práticas sociais. É, portanto, uma opção ideológica feita no interior da epistemologia. No caso da Teoria Pura do Direito, a tentativa de escudar a Ciência Jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando, assim, seu poder. (WARAT, 1983, p. 51)

É importante destacar que Kelsen não ignora a influência que as relações humanas exercem sobre a elaboração jurídica, e consequentemente não é correto afirmar que entende o direito como algo que é puro. Mas na intenção de possibilitar coerência à sua teoria – a qual pretendeu que fosse pura – e demonstrar a isenção do caráter ideológico de seu método e a neutralidade de sua fórmula, utiliza uma distinção entre o seu método e as denominadas ciências naturais sob dois argumentos básicos: a) substituindo a causalidade da natureza pela *imputação* (causalidade jurídica); e b) substituindo a razão por um axioma: a norma hipotética fundamental.

O primeiro argumento apresentado por Kelsen estaria no fator de que as ciências naturais se informam pela lei da causalidade em que prevaleceria uma “lei natural” que associa determinado fato, como uma causa, a um outro fato, como efeito daquela causa, enquanto que seu método, o qual tem como objeto a ordem normativa da conduta dos homens entre si, tem como princípio ordenador não a causalidade, mas sim a *imputação* (como causalidade jurídica). Essa categoria principiológica kelseniana – a *imputação* – apresenta-se como algo que não é fruto de qualquer observação sobre o real, mas algo criado e apresentado na teoria pura como condição de sua própria existência, por meio da qual se estabelece uma relação normativa entre uma conduta humana e um ato de coerção que, nas palavras de Luis Alberto Warat “[...] não se baseia em qualquer observação efetiva da conduta humana, mas sobre o conhecimento de uma norma jurídica, que estabelece tal relação, enquanto conteúdo da mesma.”. (WARAT, 1983, p. 61). A *imputação* serve de auxílio à construção de um modelo normativo que é imaginário, e no qual outra categoria apresentada por Kelsen, o *dever* de obediência à ordem estabelecida, é apresentada como ideia lógica e não como um conceito referido a valores (WARAT, 1983, p. 61), realizando o que Warat entende ser um artifício metodológico, o qual se apresenta como “[...] um procedimento idealista, mediante o qual se pressupõe

como ‘dever’ – toda a conduta coercitiva que se tenha estabelecido significativamente em uma norma jurídica”. (WARAT, 1983, p. 60).

Para que tivesse organização e não apresentasse contradições na tarefa a que se propôs - de tornar os juristas conscientes a partir da sua libertação da ideologia – Kelsen, utilizando-se da categoria que dita um *dever* de obediência à ordem estabelecida, imaginou e apresenta ainda o segundo argumento, que é traduzido na *norma hipotética fundamental* (KELSEN, 2000, p. 224-228), cuja existência é pressuposta e que somente tem sentido de existir para organizar sua teoria. Conforme Kelsen, esta norma hipotética, por ele idealizada, realiza um comando por meio do qual “[...] devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”. (KELSEN, 2000, p. 225).

Kelsen, ao descrever seu método científico para o direito apresenta um conceito sobre o que é ciência e de como se desenvolvem os métodos científicos, que sofre críticas quando confrontada a outras teorias sobre a ciência.

Agostinho Marques Neto aponta a delimitação proposta por Kelsen como expressão do mito positivista, de que a natureza do objeto define o campo das ciências (MARQUES NETO, 2001, p. 165). Encontramos dentro deste embate, um desacordo quanto à definição do objeto de uma ciência do direito onde Marques Neto, entendendo que a norma é muito mais aplicação técnica da ciência do direito do que objeto dessa ciência, afirma que “não é em função do objeto que se distinguem as disciplinas científicas, mas em razão dos problemas que elas se propõem” (MARQUES NETO, 2001, p. 178), e que o objeto principal de uma ciência do direito é o fenômeno jurídico, que não se encontra em estado puro na sociedade “e que se gera e se transforma no interior do espaço-tempo social por diferenciação das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos, econômicos, morais, artísticos, religiosos, etc.” (MARQUES NETO, 2001, p. 186). Do acerto desta concepção de ciência jurídica decorreria que, a falta de identificação de um problema, aliada à escolha de um objeto insípido, como é a norma destituída de conteúdo, e também a falta de interdisciplinaridade seriam os principais obstáculos epistemológico da proposta kelseniana de conhecimento do direito.

Também, sob uma perspectiva científica de base empírica, não seria possível encontrar em Kelsen qualquer referencial teórico para formulação de sua ciência do direito, ou mesmo de que forma poderia

ser testado seu método científico baseado na *imputação* - condicionante da coerção punitiva - como meio eficaz de regulação da conduta humana. Conforme Popper, as ciências sociais para que realmente possam ser concebidas como ciências devem apresentar métodos que possibilitem a solução de problemas, que possam ser criticados permanentemente por meio de tentativas de refutação (POPPER, 2004, p. 16). Contrariamente a este entendimento Kelsen – sem também antes identificar um problema a ser resolvido - não submete sua teoria ao falseamento, pelo contrário, afirma logo de início sua certeza de verdade, ao mesmo tempo em que dota de caráter absoluto as suas categorias hipotéticas pretensamente destituídas de valor, como condição do próprio método teórico.

Alheio às concepções metodológicas acima expostas, Kelsen realiza sua proposta de construção de uma ciência do direito vinculando o objeto ao método. Sua tarefa cinge-se à construção de um modelo dogmático teórico normativo, em que o objeto se define por meio da apreensão da normatividade posta pelo legislador estatal.

Não existe aqui a pretensão de realizar uma análise epistemológica com o intuito de averiguar se o método científico de Kelsen é mais ou menos acertado do que aqueles que lhe fazem contraposição direta ou indireta. Mas é necessário esclarecer que a concepção de ciência em Kelsen desconsidera que o método escolhido pelo investigador científico exerce um papel ideológico, principalmente quando aplicado às ciências sociais e especificamente no Direito. Kelsen realiza o trabalho de conhecimento de seu objeto por meio da desvalorização do sistema legislativo e no pressuposto axiomatizado de obediência ao mesmo sem se preocupar em entender qual é o resultado da aplicação de seu método no ambiente sócio-cultural e político em que é utilizado. E, portanto, sem compreender o papel ideológico que pode ser desempenhado pelo seu método de investigação.

Ressaltamos, ainda, que o entendimento quanto à pretensão científica de autonomia, conforme se depreende da proposta por Kelsen, que deixa a investigação do conteúdo normativo do Direito a cargo das demais disciplinas, contraria as noções epistemológicas da atualidade que prezam a interdisciplinaridade.

2.3.3.3 Direito e ideologia

Por falta de atenção, poderíamos ser levados a pensar na possibilidade de fracionamento do direito em “direito que não é ciência” e em algo que poderíamos denominar de “direito que é ciência

normativa”, resolvendo desta forma as contradições do modelo kelseniano, bem como também problemas derivados de suas inflexões. Ou seja, poderíamos colocar de um lado o conjunto de normas postas com seu conteúdo de valor, que insere-se o processo de realização dialética do direito no processo histórico-social, e do outro lado uma análise meramente descritiva do sistema normativo e pretensamente científica, desvinculando-os. Isto poderia parecer estar em acordo com a proposição anti-ideológica de Kelsen em virtude de que, pelo menos descritivamente, estaria mantido um discurso avalorativo.

Nesta perspectiva, o positivismo jurídico, reduzido à concepção de uma técnica ou ciência do sistema normativo, que por esta característica não abrange a totalidade daquilo que deve ser compreendido como direito, poderia então ainda cumprir um papel restrito ontologicamente a uma autonomia formal, que neste campo cumpriria sua pretensão de desideologização do direito a fim de desvendá-lo, pois estaria colocando a descoberto a realidade normativa. Alguma verdade sobre o direito estaria então demonstrada, seria a apresentação da realidade, ou seja, o direito sem ideologia. Mas, como explicaremos, mesmo esta redução seria um engano.

Conforme já registrado anteriormente, Kelsen adere a um específico conceito do termo ideologia, simplesmente assinalando esta como algo que encobre a realidade e, portanto, a identifica como alienação de consciência. Mas também incorpora a concepção do positivismo comteano de que é possível fazer uma ciência social desligada de vínculos com classes sociais, posições políticas, valores morais, ideologias, utopias, visões de mundo. Este posicionamento revela a falta de compreensão de que a opção pela utilização de um método dogmático qualquer, com o intuito de “desvendar” um objeto, sempre estará fatalmente comprometida ideologicamente - entendida a ideologia como *tomada de posição*, como *programa de ação* e também como *linguagem* – por encobrir valorações. E consequentemente esta visão de Kelsen, teve consequências práticas na sua definição do que seria uma ciência normativa destituída de qualquer valor.

A fórmula de neutralidade proposta pela denominada ciência do direito de Kelsen lastreia-se em uma construção dogmática que tem uma utilidade técnica meramente descritiva do sistema normativo positivo que exclui de sua proposta de investigação das normas jurídicas qualquer postura crítica em relação a este sistema. Kelsen constrói sua teoria sob o entendimento de que o fundamento de validade é buscado em uma norma que lhe é imediatamente superior em um sistema que

hierarquicamente tem no topo uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece, e que somente pode fornecer o fundamento de validade e não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas, formando um sistema dinâmico de normas (KELSEN, 2000, p. 219), ao contrário de um sistema que por sua vez teria no topo uma norma fundamental, que fornecesse o fundamento de validade e também o conteúdo de validade formaria um sistema estático de normas (KELSEN, 2000, p. 218).

Neste denominado sistema dinâmico de normas, vislumbrado por Kelsen, toda e qualquer norma construída no processo histórico-social da humanidade fica excluída da verificação realizada durante a utilização da técnica descritiva do sistema normativo, por meio de um critério de significação que se denomina *norma fundamental* da qual deriva exclusivamente um dever de obediência às normas postas. Conforme já exposto, este procedimento, a partir do qual toda a conduta coercitiva estabelecida em uma norma jurídica se pressupõe como um *dever* apresenta-se como um artifício metodológico por meio do qual se validam e legitimam as normas postas, independente do seu conteúdo. Portanto o *dever* cumpre um papel ideológico realizando a tarefa de sustentar o modelo estatal existente, sem que nenhum questionamento seja feito quanto ao papel ideológico exercido por este método e pelo valor embutido em seu axioma. Apresenta-se então o motivo pelo qual, para Kelsen, como afirmado por ele mesmo, “[...] todo e qualquer conteúdo pode ser direito”. (KELSEN, 2000, p. 221).

O positivismo kelseniano apresenta na sua premissa básica, exposta anteriormente, uma visão idealista sobre a ciência. A partir do inicial conceito de que a ideologia é algo que encobre a realidade, postula que a ciência, como libertadora da verdade, poderia ser realizada a partir da construção de um método dogmático estabelecido a partir de uma premissa hipotética desvinculada de qualquer valor. Entretanto, este é somente um dos entendimentos possíveis quanto aos lugares onde pode atuar a ideologia, na forma conceituada por Kelsen.

Kelsen não considera o fato de que a linguagem também exerce papel decisivo como fator ideológico. Conforme já abordado, ao admitir a ideologia como um conceito axiológico, sob o entendimento de que a linguagem ideológica é também valorativa Ferraz Junior (1998, p. 183) explica que os valores são expressões abertas que em geral constituem critério de avaliação de ações e que a valoração ideológica, por sua vez, tem, por objeto imediato, os próprios valores sendo uma metacomunicação que estima as estimativas, valora as próprias

valorações, seleciona as seleções, ao dizer ao interessado como este deve vê-las. Portanto, as ideologias, por meio da linguagem, retiram a abertura dos valores, vertendo-se em agentes neutralizadores desses mesmos valores, constituindo-se em valorações encobertas. Quanto a esta neutralização ou encobrimento de valorações é exposto por Ferraz Junior que:

Podemos encobrir valorações quando, por exemplo: a) substituímos fórmulas valorativas por fórmulas neutras, como ocorre com a noção de norma fundamental em Kelsen, termo que encobre valorações fundamentais, dando ao sistema jurídico a imagem de um sistema formalmente objetivo; b) quando escondemos a presença inevitável do emissor de uma valoração, dando a impressão de que se trata de uma proposição sem sujeito, caso de expressões do tipo: idéia de Direito, fontes de Direito (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 185).

E ao realizar sua tarefa neutralizadora, o "[...] sistema de normas axiomatizadas, mediante o conhecimento [...]", objeto da Teoria Pura do Direito cujo método de investigação pressupõe a destituição de qualquer conteúdo valorativo, apresenta-se como “[...] um elemento ideológico que, em sua materialidade, serve de suporte às atuais formas de organização da vida social”. (WARAT, 1983, p. 49).

Não se poder negar a importância que pode ter um método – como faz o *juspositivismo* - que dogmaticamente descreva um sistema legislativo estatal. Mas o mesmo não se pode dizer de sua pretensão retórica de apresentar-se como neutra e livre ideologia, uma vez que todas as teses jurídicas apresentam comprometimentos ideológicos e disto não está livre o positivismo jurídico normativista. Uma indicação da presença de uma concepção ideológica no método kelseniano – não a única – é o seu próprio esforço de apresentar-se primeiro como neutro e depois como ciência, desprezando o fato de que mesmo os métodos científicos traduzem um agir ideológico.

Portanto, a ideologia – no sentido compreendido por Kelsen - não se identifica somente com processos de alienação da consciência. Outros significados que se faz do termo ideologia estão em *tomada de posição*, *programa de ação*, *instrumento de análise crítica*, *instrumento de justificação*, ou ainda como *linguagem*. Esta última ao apresentar

verdades inquestionáveis que pretendem ser universalmente válidas atua ideologicamente. E na teoria kelseniana categorias como *dever* e *norma hipotética fundamental*, atuam como axiomas criados metodologicamente que, ao mesmo tempo que servem para dar coerência à proposta metodológica apresentada por Kelsen, servindo como ponto inicial de dedução, também atuam ideologicamente neutralizando ou encobrendo valorações. Neste caso, entender qual é a ideologia presente na "Teoria pura do Direito" é perguntar e responder qual o conteúdo valorativo do *dever* de obediência a qualquer norma estatal, e também de que forma o estabelecimento de uma teoria jurídica que tem por princípio ordenador a *imputação*, construída sob o fundamento da sanção, pode servir às diferentes concepções de Estado.

2.4 O JUSPOSITIVISMO NORMATIVISTA COMO INSTRUMENTO DA CONCEPÇÃO LIBERAL DE ESTADO

Até aqui, se apresentou como necessário, realizar uma investigação que resultou na desestigmatização do discurso anti-ideológico do *juspositivismo normativista* tornando possível descrever, sem os obstáculos colocados por meio do discurso purista e anti-ideológico, a tarefa que lhe foi designada pela *concepção liberal de Estado*. Análise esta que se realiza por meio do entendimento quanto ao panorama político em que estava inserido o *juspositivismo normativista* na sua origem, indagando sobre seu enraizamento sócio-cultural.

Neste sentido, conforme já fora a exposto, posteriormente à crise do modelo de interpretação do *juspositivismo exegetico*, o *juspositivismo conceitual* cumpria papel fundamental no estabelecimento de conceitos que integraram a cultura jurídica norteadora da atividade jurídica de manutenção do sistema econômico e social do Estado liberal. Entretanto, seu maior desafio foi colocado pela contraposição que lhe fizeram as teses do cientificismo jurídico sociológico as quais possibilitaram um enfrentamento ao modelo econômico e social do Estado liberal e aos seus valores conceituados juridicamente.

Foi nestas condições, ainda durante esse enfrentamento, que surgiu o cientificismo do *juspositivismo normativista* com Kelsen, opondo-se tanto à pretensão científica do juspositivismo formalista da *jurisprudência dos conceitos*, quanto à pretensão científica jurídico-sociológica expressada pela *jurisprudência dos interesses*, pelo *movimento para o direito livre* e pela *livre investigação científica*. E como doutrina emergente em um ambiente político, econômico e social demarcado pela, já referida, crise que se seguiu à Primeira Guerra

Mundial, também é necessário saber qual foi o resultado de sua aplicação diante do conjunto das relações sociais e econômicas e também jurídicas existentes a partir dessa época. Sendo assim, não pode deixar de ser aferido que, desde aquele momento, o *juspositivismo normativista* já estava presente, passando a conviver com o Estado liberal, com o Estado social e com seus respectivos modelos constitucionais⁶⁷. E em que pese ser identificável que Estado social deve ser tido como uma derivação do Estado Liberal dentro do conceito de Estado constitucional, a Constituição social e a Constituição liberal vinculadas respectivamente a ambos os tipos estatais, diferenciam-se quanto ao conteúdo na mesma proporção em que se diferenciam a *concepção social de Estado* e a *concepção liberal de Estado*.

Sob este entendimento, é necessário efetuar uma análise do *juspositivismo normativista* quanto à sua resposta ao questionamento de como devem ser interpretados e aplicados o comando político-jurídico de constituições liberais, e também o comando político-jurídico de constituições sociais, exercício este que deve ser realizado sob a contraposição destas mesmas concepções de Estado. Sendo assim, iniciaremos esta análise a partir da *concepção liberal de Estado* para mais à frente também ser realizada esta mesma análise sob a *concepção social de Estado*.

2.4.1 O Juspositivismo Normativista frente à Constituição Liberal

Conforme já visto anteriormente, o *juspositivismo normativista* ao eleger o sistema legislativo estatal como único objeto do direito, excluindo de sua apreciação qualquer outro sistema normativo (moral, político, etc.) que não seja o sistema posto legislativamente pela autoridade estatal, empreende a tarefa de descrição deste objeto sem que possa ser feita qualquer análise sobre seu conteúdo. Para realizar esta tarefa descritiva, o método kelseniano constrói racionalmente e antecipadamente um modelo normativo em que o *dever* de obediência ao que está estabelecido em qualquer ordenamento positivo é apresentado como uma categoria pretensamente destituída de valor e decorrente da idealização de uma *norma fundamental*. Esta norma, que é pressuposta, realiza um comando por meio do qual devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, ou seja, conforme as prescrições do

⁶⁷ A Constituição de Weimar foi promulgada em 1919, e a Teoria Pura do Direito teve sua primeira publicação em 1934.

autor da Constituição e, portanto, fornece exclusivamente o fundamento de validade e não o conteúdo de validade da Constituição e das demais normas a ela hierarquicamente inferiores. Decorre disto que, se o comando político prescrito na norma é liberal, juridicamente deve ser realizada a descrição deste comando, sem que haja qualquer juízo crítico a este liberalismo. Entretanto, conforme já exposto, esperar que o intérprete e aplicador realize a descrição normativa livrando-se das suas implicações axiológicas, ou seja, que o sujeito analise o seu objeto sem atribuir a ele qualquer valor é uma pretensão, no mínimo, equivocada uma vez que todos os observadores, de forma imanente, são tradutores de seus próprios valores quando realizam uma interpretação. Isto leva ao entendimento de que a construção de uma teoria em que o dever de obediência à ordem estabelecida é seu único elemento fundamental, se apresenta como insuficiente para garantir a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição de característica liberal.

A partir disto é possível realizar o questionamento sobre de que forma o *juspositivismo normativista* poderia oferecer garantia à *concepção liberal de Estado* quanto à aplicação efetiva de seus postulados, uma vez que os direitos individuais positivados em uma Constituição liberal podem apresentar indeterminação no momento da descrição de seu conteúdo em virtude da ideologia que o intérprete carrega consigo, possibilitando que estes direitos sejam interpretados e aplicados, por exemplo, sob a ótica da *concepção social de Estado*. Ou seja, deve ser entendida a forma pela qual estaria segura a *concepção liberal de Estado* que defende os direitos do indivíduo frente ao Estado, sublevados a qualquer outro tipo de direito, mas declarados em termos abertos como, liberdade, igualdade e propriedade, cuja valoração feita pelo intérprete pode não condizer com a intenção desta *concepção de Estado*.

Para dar resposta a esta questão, a qual encontra relação direta com a aplicação da norma prevista em uma Constituição liberal, é necessária uma análise sobre dois aspectos da teoria de Kelsen, o primeiro relativo ao controle de constitucionalidade e escalonamento de normas, o segundo relativo ao conceito de Constituição em ligação à fenomenologia normativa da teoria kelseniana, aspectos estes que exporemos a seguir, buscando entender qual pode ser a contribuição destes na realização do comando político de uma Constituição liberal na perspectiva de uma *concepção liberal de Estado*.

2.4.2 O Escalonamento de Normas e a Jurisdição Constitucional

A idealização de uma *norma hipotética fundamental*, que realiza um comando por meio do qual devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, além de organizar a teoria do *juspositivismo normativista*, teve como consequência mediata um deslocamento da atividade interpretativa jurídica centrada na lei, para uma interpretação centrada na Constituição. Inicialmente pode ser identificado que, logo de início, na proposta da teoria juspositivista normativista não seria possível deixar de reconhecer este lugar à Constituição sob pena de ser gerada uma contradição que desorganizaria a própria teoria. Mas esse entendimento também levou Kelsen à realização de uma outra tarefa de organização teórica que encontra-se relacionada ao desenvolvimento das funções estatais. Para dar coerência ao *juspositivismo normativista* e evitar contradições, apresentou a necessidade teórica de que não somente a norma positiva infra-constitucional, mas também a norma constitucional positiva, fosse interpretada e consequentemente descrita, sob o aspecto normativo da teoria juspositivista normativista. Mediante este entendimento e exigência teóricos, a técnica de interpretação e aplicação constitucional não poderia ficar a cargo das nuances ou dos humores políticos a que são expostos o poder Legislativo e o poder Executivo, e também às maiorias eventuais formadas no corpo Legislativo. Para Kelsen, a realização desta tarefa de interpretação e aplicação, a qual deve ser entendida como complemento de sua teoria, é reservada ao guardião da Constituição que, nos sistemas europeus, deveria ser deslocada do poder Legislativo, ou do poder Executivo, para o poder Judiciário⁶⁸.

Quanto a esta afirmação de existência de um complemento teórico, é importante assinalar a existência de duas amplas realizações na teorização de Kelsen, sendo uma delas a do *juspositivismo* moldado

⁶⁸ O modelo de jurisdição constitucional de kelsen foi desenvolvido antes que fosse publicada a Teoria Pura do Direito. O emblema desta afirmação está em que a Constituição Austríaca de 1920, influenciada por Kelsen e que inaugurou na Europa o modelo jurisdicional de constitucionalidade, foi promulgada quatorze anos antes da primeira edição da Teoria Pura do Direito. Entretanto não há como se apartar que o raciocínio teórico de kelsen relativo ao seu modelo teórico do Direito daquele desenvolvido no âmbito da sua proposta de controle jurisdicional de constitucionalidade, como pode ser observado em seus textos publicados desde a década de 1920. (KELSEN, 2003).

na *Teoria Pura do Direito* e outra, a da *jurisdição constitucional* que formula um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade. Neste, rompe com o modelo europeu de controle o qual tinha como concepção a existência de uma supremacia do Parlamento⁶⁹ ou do

⁶⁹ Essa construção tem origem num momento em que, durante as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, se declarava a supremacia do parlamento como poder do qual emana a *vontade geral da nação* – conceito vago e impreciso – à qual nenhuma outra poderia estar sublevada, idéia que permanece no constitucionalismo francês até pelo menos o primeiro terço do século XX e descrita pelo juspositivista francês Raymond Carré de Malberg (1861-1935) em dissertação na qual critica a trajetória francesa de submissão da Constituição à vontade do poder legislativo e reclama a restauração da supremacia da Constituição pela adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade. Depois de relatar a construção jurisdicional de controle da constitucionalidade norte-americano, esse autor descreve como se estabeleceu na França a supremacia parlamentar sobre os outros órgãos no controle da constitucionalidade, a qual enfrenta novos paradigmas a partir da montagem do sistema jurisdicional austríaco: "O sistema francês de organização dos poderes constituídos tomou, desde o início, caminho bem diferente. Deixando de lado a excepcional medida em que o rei, sob alguns aspectos particulares, era qualificado de representante, a Constituição de 1791, na esteira da declaração dos direitos de 1789, estabeleceu entre o corpo legislativo e as outras autoridades uma espécie de desigualdade que tinha uma causa profunda e que excluía qualquer possibilidade de uma separação verdadeira e substancial entre poder legislativo e poder constituinte. Enquanto o executivo e a autoridade judiciária exerciam suas atribuições na forma e com os poderes de funcionários que agem a serviço da nação, a assembléia de deputados, concebida como órgão que quer pela nação, se tornava a representação mesma desta última e adquiria, a esse título, a posse da soberania nacional com os poderes daí decorrentes" (MALBERG, 2003 p. 200). E continua o juspositivista francês: "Hoje, após uma experiência de mais de meio século, verifica-se uma reação a onipotência parlamentar, em especial contra a liberdade quase ilimitada de legislar que Constituição de 1875 atribuiu ao Parlamento. Os promotores dessa reação não vão mais procurar apenas na América os argumentos para restaurar em nosso país a noção de Constituição mediante a introdução de um controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis. Na própria Europa, os argumentos lhes são fornecidos seja por Estados que, como a Áustria, já consagraram a instituição de um tribunal constitucional, seja em Estados, como o império alemão, nos quais, não obstante o deliberado silêncio da Constituição, o movimento a favor do controle ganha continuamente terreno na doutrina, a qual já é capaz de se apoiar em decisões judiciárias". (MALBERG, 2003 p. 207-208).

Executivo⁷⁰ na sua realização, e deixa a cargo do Judiciário a possibilidade de retirar do mundo jurídico as normas que estivessem em desacordo com a prescrição da Constituição. Kelsen não confiava que o parlamento ou o executivo pudessem desenvolver esta tarefa, pois aqueles que deviam ser controlados nas suas atividades de caráter político e ideológico - o legislador e o órgão executivo - não estariam em condições de realizar o controle sobre a constitucionalidade da lei feita por eles mesmos, mas somente Judiciário o qual deveria atuar como legislador negativo⁷¹.

⁷⁰ O sistema austríaco, baseado na idéia de supremacia da Constituição no conceito de ordenamento jurídico, rompeu com modelos de controle da constitucionalidade consagrados na Europa e opôs-se tanto aos sistemas em que se privilegia o parlamento, como o francês, e como àqueles em que há supremacia do Executivo, modelo em que Kelsen vê a existência de uma forma ideológica de interpretação criada na atmosfera das monarquias constitucionais, em que se justificava, por meio do princípio monárquico, a existência de um poder neutro que se subleva sobre o governo e o parlamento (KELSEN, 2003, p. 240-242), decorrendo então que deve ser o monarca o guardião da Constituição. Kelsen faz crítica contundente à posição de Carl Schmitt, acusando-o de resgatar essa doutrina, cujo precursor é Benjamin Constant (1767-1830), para justificar que ao Presidente do Reich cabe a guarda da Constituição (KELSEN, 2003, p. 245).

⁷¹ Kelsen constata que a possibilidade de anulação da norma inconstitucional por outro órgão que não aquele que a editou recebe oposição que não somente pretende evitar o enfraquecimento da autoridade de órgão considerado supremo, portanto ferindo a sua soberania, mas também da invocação do dogma da separação de poderes (KELSEN, 2003, p. 146). E tenta resolver essa questão da idéia de separação de poderes por meio do entendimento de que aquela deve ser entendida como divisão de poderes, isto é, “a idéia de repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros” (KELSEN, 2003, p. 152). Isso para justificar que o Judiciário possa anular leis do parlamento atuando por meio da função de legislador negativo: “Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.” (KELSEN, 2003, p. 151-152). Kelsen entende, portanto, que a função exercida pelo Judiciário no controle jurisdicional de constitucionalidade consiste na anulação de leis consideradas inconstitucionais e por isso exercita uma função legislativa (KELSEN, 2003, p. 151) da qual emanam atos legislação negativa.

Apresenta-se coerente com o *juspositivismo normativista* kelseniano que o controle de constitucionalidade, a ser realizado por meio de um método meramente descritivo e, segundo Kelsen, carente de ideologias, cumpra melhor este encargo por meio de um corpo especializado de funcionários, desvinculado das disputas políticas. Neste contexto, a entrega do controle ao Judiciário, apresenta o efeito de fornecer garantia para que as prescrições do *comando político-jurídico* de uma Constituição liberal sejam cumpridas independentemente do compromisso ideológico das maiorias eventuais que ocupam o órgão legislativo ordinário ou o executivo. Entretanto, efetivamente não é esse o resultado que podemos encontrar se levarmos em consideração as próprias observações de Kelsen quanto ao seu modelo teórico. Esta afirmação está relacionada justamente à sua ideia quanto à função jurisdicional na decisão judicial. Conforme será melhor esclarecido adiante, para Kelsen, a decisão judicial ao mesmo tempo que é um ato de razão, também é um ato de vontade. Portanto, está carregada de concepções ideológicas que podem interferir na realização do *comando político-jurídico* da Constituição. Mesmo que não esteja submetido diretamente a pressões e compromissos da atividade política, o juiz não está livre da própria ideologia que carrega.

Já observamos neste trabalho que a *Teoria Pura do Direito* fora desenvolvida como oposição às manifestações teóricas do cientificismo do direito de base sociológica e anti-dogmática, e ao mesmo tempo significou uma revisão dos postulados do *juspositivismo* que lhe é anterior, representado tanto pelo legalismo tradicional da *escola da exegese* quanto o formalismo conceitual da *jurisprudência dos conceitos*. Por meio da construção do conceito de validade em que uma norma inferior busca seu fundamento em uma norma superior, é possível extrair a partir da teoria kelseniana que a absolutização exegética da norma legislada como fonte exclusiva do direito, demonstra ser um dogma de onipotência do legislador, e que se revela falho por dois motivos: a) existem lacunas e contradições nas normas, as quais não são resolvidas pela atividade legislativa; b) não existe uma única interpretação possível quanto ao que está escrito na norma. Por sua vez, a proposta de resolução das lacunas por meio da dogmatização de conceitos racionalizados doutrinariamente, que poderiam resolver o problema das lacunas, conforme entende a *jurisprudência dos conceitos*, é uma proposta contraditória ao *juspotivismo*, pois o leva a dobrar-se ao *jusnaturalismo*. Isto pelo motivo de que o estabelecimento de conceitos, não estabelecidos de forma clara e precisa na norma, dita um conteúdo normativo que passa a determinar uma conduta considerada como

devida (*dever ser*) estabelecendo uma norma cuja validade "[...] pode ser reconduzida a uma norma cujo conteúdo pode ser subsumido do conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral" (KELSEN, 2000, p. 217), formando um sistema estático de normas que acaba por conduzir à pressuposição de uma norma superior que passa a conferir o fundamento de validade e também o conteúdo de validade das normas dela deduzidas (KELSEN, 2000, p. 218). Isto fatalmente leva ao reconhecimento de existência de uma lei superior e tida como natural que fornecerá o conteúdo de validade das demais normas do sistema, situação esta não aceita por Kelsen em sua teoria.

Kelsen procura resolver estes problemas sob a construção teórica – já observada - de que o fundamento de validade de em um sistema jurídico deve estar em uma norma pressuposta (norma hipotética fundamental) por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece, e que somente pode fornecer o fundamento de validade e não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas, formando um sistema dinâmico de normas que compõem a estrutura do ordenamento jurídico o qual confere poderes aos legitimados para que estabeleçam normas jurídicas a partir de procedimentos previstos na norma que se apresenta em escala superior. Para Kelsen, uma norma é válida pelo motivo de que são formalmente criadas conforme o procedimento previsto em outras normas do ordenamento jurídico, e não em virtude do conteúdo dessas normas.

Esta concepção de validade em um sistema dinâmico de normas tem reflexo na formulação de um modelo que apresenta o ordenamento jurídico como um sistema escalonado e hierarquizado, no qual a norma inferior retira o seu fundamento de validade da norma superior (KELSEN, 2000, p. 246-247). Desta forma, a *norma hipotética fundamental* (como dever de cumprimento à ordem estabelecida) é o fundamento de validade da Constituição a qual, por meio de seu conteúdo, é fundamento de validade da lei. Por sua vez, a sentença judicial retira sua validade do conteúdo da lei, sendo ela própria uma norma individual, vinculante para o caso concreto e também norma geral quando é vinculante para casos idênticos. (KELSEN, 2000, p. 277-278). No modelo *juspositivista normativista*, tanto o legislador, ao positivar uma lei conforme a prescrição constitucional, quanto o juiz ao proferir uma decisão judicial conforme uma prescrição legal estão submetidos a uma *moldura* normativa, ditada respectivamente pela Constituição e pela lei, dentro da qual existem várias possibilidades de

aplicação, fazendo com que seu preenchimento seja em qualquer sentido possível, desde que não a ultrapasse os limites prescritos pela norma que lhe é superior (KELSEN, 2000, p. 390), resultando disto a observação de que o ato de aplicação da norma constitucional e também da norma legal, é em parte determinado e em parte indeterminado pelo direito (KELSEN, 2000, p. 388-389).

Aqui encontramos, de forma mais evidente, o primeiro aspecto do *juspositivismo normativista* que pode nos esclarecer se esta teoria pode oferecer garantia à *concepção liberal de Estado* quanto à aplicação efetiva de seus postulados positivados em uma Constituição liberal.

É importante e necessário destacar que existem dois momentos distintos e complementares no momento em que o aplicador do direito edita a norma individual para o caso concreto, proferindo a decisão jurídica: a) o momento de formação da moldura; e b) o momento de preenchimento da moldura. No primeiro momento o juiz interpreta o sentido daquilo que está descrito normativamente, definindo a moldura e suas limitações. Neste sentido, a moldura normativa não é somente algo dado, mas também construído pelo intérprete aplicador. No segundo momento o intérprete aplicador está livre para decidir dentro das possibilidades verificáveis no interior da moldura, preenchendo-a.

No estabelecimento da moldura normativa será possível garantir um comportamento de compromisso com os valores do individualismo quanto mais estes estiverem explicitados e detalhados na prescrição contida na norma constitucional. Valores inscritos de forma aberta, que possibilitam variações interpretativas, não impedem que um intérprete influenciado pela *concepção social de Estado* realize a formação da moldura normativa, de uma norma a princípio tida como liberal, de forma a diminuir-lhe este conteúdo por meio da neutralização de valores. Conforme já observado anteriormente, a liberdade pode ser apresentada como um valor em vários sentidos ideológicos: liberal, conservador, fascista, comunista, etc. Entretanto, quanto maior for o grau de detalhamento prescritivo da norma, menor será o grau de indeterminação para a formação da moldura normativa pelo intérprete. Como consequência, o preenchimento da moldura normativa terá um menor grau de indeterminação, quanto mais reduzido for o espaço existente dentro da moldura normativa construída pela interpretação que é feita da norma. Ou seja, quanto menor a indeterminação da prescrição normativa, que também resulta da descrição feita pelo intérprete, maior será a determinação da moldura normativa. E, conseqüentemente, quanto menor a indeterminação da moldura normativa, maior será a determinação no preenchimento da moldura normativa.

Em resumo, em que pese a possibilidade de se reduzir indeterminações por meio da atividade legislativa, o elemento ideológico, sempre estará presente no exercício de construção da moldura normativa e também no seu preenchimento. E, portanto, a proposta de um modelo de jurisdição constitucional aliado a à uma estrutura escalonada e hierarquizada que forma um sistema dinâmico de normas - em que a aplicação do direito por meio da decisão judicial é a norma em último grau de hierarquia - não oferece uma total garantia à *concepção liberal de Estado* quanto à aplicação efetiva de seus postulados positivados em uma Constituição liberal.

2.4.3 O Conceito de Constituição e a Fenomenologia Normativa

É necessário explicitar que o fator ideológico não é algo que somente pode ser encontrado no momento de aplicação das teorias jurídicas. Também, conforme já observado neste trabalho, o desenvolvimento de quaisquer teorias ou métodos, inclusive dos científicos, não se encontram livres de um agir ideológico. Mesmo Kelsen, por mais que pretendesse livrar-se desta condição, não esteve livre da influência de valores. Como exemplo disto podemos verificar que o autor, em seu conceito de constituição, ao referir-se aos direitos fundamentais trata somente dos direitos individuais. Também desenvolve, conforme se verá adiante, um entendimento em que as normas de direitos fundamentais não acarretam qualquer responsabilidade objetiva ao Estado conferindo-lhe somente a obrigação de impedir que se façam normas que contrariem o seu conteúdo.

A partir daqui encontramos, o segundo aspecto do *juspositivismo normativista* esclarecedor quanto ao questionamento sobre se esta teoria pode oferecer garantia à *concepção liberal de Estado* quanto à aplicação efetiva de seus postulados positivados em uma Constituição liberal.

O limite prescrito pela norma, que vincula o aplicador por meio da moldura normativa é seu próprio conteúdo, que é apresentado por Kelsen sob uma distinção de seus aspectos material e formal. Neste sentido, coerente e fiel à concepção de que um sistema dinâmico fornece o fundamento de validade às normas jurídicas, por meio do qual uma norma é válida porque é criada por meio de uma forma determinada, Kelsen entende que a Constituição apresenta um sentido formal (como sentido lato) e um sentido material (como sentido estrito) entendendo que este último como "[...] a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais"

(KELSEN, 2000, p. 247), ou seja, significa as normas da Constituição que regulam o procedimento para produção de normas legais, enquanto que por sentido formal deve ser entendido como um documento escrito que

[...] não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes, e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos (KELSEN, 2000, p. 247).

Como se percebe, é em sentido formal que se podem encontrar os direitos fundamentais. E é justamente na definição do conteúdo formal da Constituição, que melhor podemos identificar os valores ideológicos que norteavam o pensamento de Kelsen durante sua elaboração teórica e que possuem relação com a ótica individualista da *concepção liberal* a qual reserva ao Estado somente um papel de abstenção na garantia de direitos e não um agir com o objetivo de assegurar direitos fundamentais.

Kelsen, como todo e qualquer observador, no desenvolvimento de seu método, não está livre das ideologias que carregava consigo. O teórico austríaco não estava livre da cultura jurídica de sua época e tinha seu entendimento relativo ao papel que exerce o direito e que é composto por elementos como a linguagem, modo de pensar e valores incorporados. E não se mostra presente em seus escritos que uma Constituição pudesse estar, no seu conceito de conteúdo formal, em desacordo com os ideais da *concepção liberal de Estado* e incluisse os direitos sociais dentro do conjunto dos direitos fundamentais conferindo-lhes o mesmo regime jurídico dos direitos sociais. É o que se retira das seguintes palavras de Kelsen quando, proferindo exposição sobre a jurisdição constitucional, descreve seu conceito de Constituição buscando explicitar a distinção entre seu conteúdo material e formal,

Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na

Constituição no sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. Daí resulta a noção de Constituição no sentido lato. É ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso – é o sentido primordial, senão exclusivo, dessa prática –, a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade etc. A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta. (KELSEN, 2003, p. 131-132).

Em face da cultura jurídica da qual fazia parte Kelsen, a qual privilegiava os direitos individuais como os únicos direitos fundamentais, a *concepção liberal de Estado* não teria nas ideias de Kelsen, qualquer confronto aos seus postulados. A concepção sobre quais direitos deveriam estar inscritos nas constituições com o título de direitos fundamentais, bem como a noção de intervenção mínima do Estado no asseguramento destes direitos, por meio de uma postura de abstenção e meramente reguladora se encontrava presente na linguagem, modo de pensar e valores incorporados por professores, pesquisadores, advogados, juízes da primeira metade do século XX. Kelsen não fugiu a esta regra, pois além de estar de acordo com a concepção que entendia

os direitos individuais como parte substancial do constitucionalismo moderno, entendia que a sua positivação na Constituição simplesmente cumpria o papel de impedimento a existência de leis que lhes fossem contrárias. Conforme KELSEN,

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v.g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou da igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – chefe do Estado, ministros – ou existe a possibilidade de atacar ou anular. (KELSEN, 2000, p. 249).

Este tipo de entendimento em que a técnica jurídica apresenta-se como obstáculo para ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis – por exemplo, que garantam os direitos fundamentais -, decorre de uma construção da própria teoria kelseniana em que o Direito é entendido como uma ordem coercitiva onde a sanção é a forma elementar da fenomenologia normativa. Nela a categoria principiológica da *imputação*, criada e apresentada na *teoria pura do direito* como condição de sua própria existência, por meio da qual se estabelece uma relação normativa entre uma conduta humana e um ato de coerção que está identificada no *dever ser*, na qual: se A é, então *deve ser* B, onde A é um ato e B é uma sanção. A partir disto, e por não enxergar nos direitos que relaciona como fundamentais (os individuais) qualquer ato do qual pudesse derivar uma relação de imputabilidade da qual derivasse

uma sanção, impede que estes direitos tenham a possibilidade de se constituírem em direitos subjetivos em sentido técnico – entendidos estes como *o poder jurídico conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico* (KELSEN, 2000, p. 151) – para aqueles que se achem lesados pelo seu não cumprimento objetivo. Estes direitos são tidos por Kelsen unicamente *como preceitos da Constituição através dos quais é determinado o conteúdo das leis por forma negativa* (KELSEN, 2000, p. 157) as quais podem ser anuladas caso não correspondam ao seu conteúdo.

Percebe-se que o *juspositivismo normativista* demonstra ser uma construção teórica adequada às constituições liberais, uma vez que não se presta à tarefa de promoção dos valores ou direitos nelas inscritos, mas tão somente à manutenção e garantia de não violação de seus preceitos liberais. O Estado, por meio de sua atividade judicial, é então agente coator e sancionador, que age contra o descumprimento da lei, e contra formulação de leis que atentem contra o conteúdo formal e material da Constituição, abstendo-se de qualquer tarefa de promoção direta de valores ou direitos constitucionais.

Mas, também poderia-se, ainda, contrapor que Kelsen elaborou uma teoria decisionista, por meio da qual o juiz pode decidir discricionariamente num caso adotando qualquer das interpretações possíveis prescritas no interior da moldura normativa. Realmente isto é o que se pode entender a partir da formulação, que realiza no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2000, p. 387- 397). Não se nega que realmente Kelsen delegou ao juiz uma ampla discricionariedade que deve ser entendida como uma autorização ao juiz para construção de uma norma individual, em um caso concreto, quando as normas não preveem todos os casos e situações. A objeção, então, poderia ser formulada sob argumento de que esta possibilidade aberta pelo *juspositivismo normativista* possibilitaria a existência de decisões, que se colocariam contrárias aos preceitos de uma Constituição liberal. Como hipótese não seria absurdo tal argumento. Entretanto, contrariando esta objeção, não se pode esquecer que a concepção teórica kelseniana, além da prescrição sancionatória, cumpre ainda a tarefa de mantenedora de uma ordem liberal, prevista em uma Constituição, a partir três postulados que são de caráter ideológico: a) na proposta de formulação de um juízo acrítico a qualquer valor, principalmente por meio de seu principal postulado de *dever de obediência à ordem estabelecida*, o qual acaba por influenciar o intérprete e aplicador quanto à observância dos valores da Constituição liberal; b) por meio da

incorporação da concepção jurídica que privilegia os direitos individuais – demonstrada acima - e sua aplicação sob o abrigo da abstenção estatal; c) por meio da incorporação do exercício de um controle de constitucionalidade alicerçado na precompreensão teórica de que o Direito é uma ordem coercitiva, onde a sanção é a forma elementar da fenomenologia normativa. E que por isto, age somente de forma a impedir a existência de normas que contrariem o conteúdo constitucional, descartando qualquer responsabilidade objetiva ao Estado na garantia de direitos que não seja a possibilidade de anulação de leis que atentem contra estes direitos.

A combinação dos elementos acima descritos, sózinhos ou combinados, impedem que um juiz tome qualquer atitude que desprivilegie os valores de uma Constituição liberal. E a prova disto pode ser feita por meio de uma simples análise de décadas de atuação de um Judiciário formado nesta cultura jurídica. Assim, a teoria do *juspositivismo normativista*, aplicada em um sistema jurídico alicerçado em uma Constituição liberal, nunca se constituiu em uma ameaça ou problema à *concepção liberal de Estado*, e consequentemente ao *comando político-jurídico* de uma Constituição liberal.

CAPÍTULO 3

A TEORIA JURÍDICA ADEQUADA ÀS CONSTITUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA CONCEPÇÃO SOCIAL DE ESTADO

Conforme já esclarecido anteriormente, a teoria do *juspositivismo normativista* foi concebida e desenvolvida em uma época em que já coexistiam o Estado liberal e o Estado social, com seus respectivos modelos constitucionais os quais se diferenciam quanto ao conteúdo na mesma proporção em que se diferenciam a *concepção social de Estado* e a *concepção liberal de Estado*. Esta temporalidade, comum aos dois tipos de Estado, leva ao entendimento de que, da mesma forma que foi necessária uma análise relativa ao *juspositivismo normativista* quanto à sua resposta ao questionamento de como devem ser interpretados e aplicados os direitos inscritos nas constituições liberais, deve também ser feita uma análise do *juspositivismo normativista* quanto ao seu comportamento na interpretação e aplicação dos direitos inscritos nas constituições sociais sob uma perspectiva da *concepção social de Estado*.

Além disso, a partir da emergência do Estado social, é possível constatar na literatura jurídica atual outros dois campos teóricos ou concepções – notadamente na Europa - que produzem objeções ao *juspositivismo normativista*, como oposição a este e também como crítica interna ao mesmo. Um pode ser identificado pelo termo, *neoconstitucionalismo* ou *principalismo* e o outro por *juspositivismo crítico* ou *garantismo*. Este último, que para identificá-lo utilizaremos o termo *garantismo*, lastreia-se na teoria jurídica desenvolvida por Luigi Ferrajoli, apontada por ele mesmo como um *juspositivismo crítico* em contraposição ao *juspositivismo normativista* - o qual identifica como um *paleopositivismo* (FERRAJOLI, 2012a, p. 17) - , que não abandona a clássica separação entre direito e moral, mas que, contrapondo-se à teoria *juspositivista normativista*, percebe sua insuficiência para dar conta de todas as regras deônticas (FERRAJOLI, 2012a, p. 17) e reconhece a positivação de princípios que subjazem toda produção normativa (FERRAJOLI, 2012a, p. 24). Por sua vez, o outro campo teórico que identificamos no presente trabalho com o termo *principalismo* - que entendemos ser mais adequado - por recepcionarmos as críticas feitas por Ferrajoli (2012a) e Streck (2012) os quais entendem que o termo *neoconstitucionalismo* é ambíguo e leva a

equivocos⁷² –, engloba as teses jurídicas que identificam nos valores inscritos nos princípios jurídicos de direitos fundamentais a base de todo o conteúdo normativo, por meio da retomada do encontro do direito com a moral.

Ambas as teorizações apresentam em comum uma crítica ao modelo kelseniano relacionada a sua insuficiência teórica frente a constituições europeias concebidas após a Segunda Guerra Mundial, as quais ampliaram significativamente o rol de direitos fundamentais, incluindo ao lado dos direitos individuais também os direitos sociais, e que exigem o deslocamento da posição de abstenção para outra que é de realização e garantia de direitos. Como se verá adiante, *principlismo* e *garantismo* apresentam diferenças significativas não somente quanto à estrutura teórica, mas também relativas a um desacordo político quanto

⁷² Ferajoli expõe que "[...] a terminologia corrente resulta, a meu ver, sob vários aspectos, ambígua e enganadora. Em primeiro lugar, a expressão "constitucionalismo", cujo emprego, para designar uma ideologia, mesmo quando invocada em ordenamentos dotados de sólidas tradições liberal-democráticas, termina por se converter em um termo do léxico político ao invés do léxico jurídico, impedindo que se evidencie a transformação do paradigma que intervém na estrutura do direito positivo com a introdução da rigidez constitucional. O mesmo ocorre – e talvez de modo ainda mais intenso – com a expressão "neoconstitucionalismo", porque, ao se referir, sob plano empírico, ao constitucionalismo jurídico dos ordenamentos dotados de Constituições rígidas, mostra-se assimétrica em relação ao constitucionalismo político e ideológico supraindicado, que não designa um sistema jurídico e tampouco uma teoria do direito, mas serve apenas como sinônimo de Estado Liberal de Direito [...]" (FERRAJOLI, 2012a, p. 15). Por sua vez, Lenio Streck, que identifica o uso do termo *neoconstitucionalismo*, no Brasil, com uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2012, p. 61), argumenta ainda que "[...] a ideia de um *neconstitucionalismo* pode induzir ao equívoco de que esse movimento proporcionaria a superação de um outro constitucionalismo (fruto do liminar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade que agrega as novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial (STRECK, 2012, p. 63-64). Esta última observação de Streck é convergente ao presente trabalho na medida em que este se estrutura sob o entendimento de que o Estado social é uma segunda fase dentro do conceito de Estado constitucional em que a primeira fase é o Estado liberal.

à tarefa a ser atribuída às instituições estatais, e por consequência quanto ao papel a ser cumprido por uma Constituição.

A seguir, sob os argumentos da *concepção social de Estado*, realizarmos um cotejamento entre o *juspositivismo normativista*, o *princípioalismo* e o *garantismo*, a fim de apresentar uma análise quanto à suas respectivas respostas à adequação ao *comando político-jurídico* das constituições sociais.

3.1 O JUSPOSITIVISMO NORMATIVISTA FRENTE À CONSTITUIÇÃO SOCIAL

Já se demonstrou anteriormente, que o *juspositivismo normativista* não se constitui em problema para a *concepção liberal de Estado*, quando aplicado em um sistema jurídico alicerçado em uma Constituição liberal. Poderíamos então entender que também pode cumprir o mesmo papel, quando aplicado a um sistema jurídico alicerçado em uma Constituição social. Isto significa dizer que, a princípio, o *dever de obediência à ordem estabelecida* - principal postulado da teoria kelseniana – nos levaria a crer, de imediato, que também estaria garantida a perspectiva do Estado social, por meio da qual os direitos sociais são constitucionalmente colocados em regime de igualdade com os direitos individuais no rol de direitos fundamentais, como forma de combate à desigualdade econômica e social provocada pelo liberalismo. Entretanto, outros elementos da teoria kelseniana devem ser analisados a fim de que se possa entender completamente de que forma esta teorização atua quando os direitos sociais passam a ser integrantes da lista de direitos fundamentais. Um indicativo da necessidade de realizar esta análise – que também é uma pista quanto ao seu resultado - é que o próprio fundador do *juspositivismo normativista*, conforme já demonstrado, nunca concebeu em suas exemplificações teóricas que os direitos sociais integrariam o rol de direitos fundamentais, e muito menos que estariam em regime de igualdade jurídica com os direitos individuais.

Com relação à possibilidade dos direitos sociais poderem se constituir em direitos subjetivos, para fazer valer o não cumprimento de um dever jurídico para aqueles que se sentirem lesados pelo não cumprimento das atividades estatais na garantia de realização destes direitos, não é possível vislumbrar que o *juspositivismo* kelseniano possa dar melhor ou igual tratamento aos direitos sociais do que o conferido aos direitos individuais que, conforme já relatado, são tidos

por Kelsen unicamente como preceitos da Constituição através dos quais é determinado o conteúdo das leis de forma negativa, autorizando sua anulação caso não violem o conteúdo da Constituição. Resta, portanto, identificar inicialmente qual poderia ser a proposta do *juspositivismo* normativista quanto aos direitos sociais na determinação do conteúdo das leis na vertente negativa.

Os direitos sociais elencados nas constituições, de que são exemplo o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia e outros que remetem à ideia do direito a uma vida material digna apresentam um grau de abertura e indeterminação semântica da mesma ordem que o direito à liberdade, o direito à igualdade (formal), o direito à propriedade e outros que aludem aos valores do individualismo. E definir juridicamente como se realiza de forma efetiva o direito à educação ou o direito à liberdade, determinando seu conteúdo e alcance, não é uma tarefa que possa ser realizada em duas linhas. Mais do que isto, é necessário o suporte de uma construção cultural, que envolva múltiplos aspectos e que ajudem a identificar o alcance destes direitos. Conforme já observado, um dos elementos de um sistema jurídico estatal é a cultura jurídica integrada por técnicas de interpretação e ideologias relativas ao papel do direito que sustentam estas técnicas, compostas por outros elementos como a linguagem, modo de pensar e valores incorporados pelo conjunto de intérpretes e aplicadores do direito. Isto afeta inclusive a discricionariedade judicial – tratada anteriormente - possibilitada pela teoria *juspositivista normativista*, submetendo-a aos seus postulados teóricos de caráter ideológico relativos à ideia de um juízo acrítico, ao privilegiar os direitos individuais, e à abstenção estatal com um controle de constitucionalidade, que descarta a possibilidade de atuação do Estado na realização de direitos. Isto quer dizer que, a faixa de discricionariedade dada ao juiz sempre estará submetida a aspectos ideológicos que podem inclusive estar vinculados à própria cultura jurídica determinada pela teoria jurídica que lhe possibilita agir (julgar) de forma discricionária.

Em que pese a possível constatação de que existe uma igualdade no grau de indeterminação dos direitos individuais e sociais, e que não há motivos para distinção que não seja de ordem ideológica, estes últimos não mereceram, do *juspositivismo normativista*, o mesmo tratamento conferido aos direitos individuais. Claramente, os direitos individuais não deixaram de receber tratamento jurídico a partir do momento em que, após estarem positivados nos textos constitucionais, foi estabelecido um controle de jurisdicional de constitucionalidade que,

relativamente aos direitos individuais, tinha por objetivo impedir que se fizessem normas que contrariassem seu conteúdo, conforme proposto por Kelsen. Com a construção de uma cultura jurídica de cunho liberal foi possível o estabelecimento de um significado, mais ou menos uníssono – e na conformidade do que entendia Kelsen – quanto ao direito à liberdade da pessoa, que possibilitou aos juízes e tribunais a tarefa de nulificar e anular leis entendidas como violadoras deste direito, sob o entendimento de que o Estado não pode agir de forma a violar a liberdade da pessoa. A partir disto, poderíamos ser levados ao entendimento de que, caso fossem construídos e incluídos na cultura jurídica significados, também mais ou menos uníssonos, aos variados direitos sociais, a fim de que não se fizessem normas que contrariassem seu conteúdo teríamos um regime jurídico que os equipararia aos direitos individuais. Entretanto isto se apresentaria como um engano uma vez que, para sua efetividade, ou seja, para sua realização prática, a maioria dos direitos sociais depende muito mais de uma atuação do Estado do que dependem a maioria dos direitos individuais. Caso somente os direitos individuais sejam reconhecidos como fundamentais em um sistema constitucional, realmente bastaria que não fossem feitas leis ou se cometessem atos administrativos que os violassem - fórmula esta já adotada na vigência de constituições liberais. Mas, quando ao lado dos direitos individuais os direitos sociais são reconhecidos como fundamentais - como acontece em uma Constituição social – a garantia de direitos torna-se muito mais complexa, não sendo mais exigível somente a existência de abstenção estatal na garantia e promoção de direitos, sejam eles individuais ou sociais. O Estado social deve atuar objetivamente por meio de leis e atos, inclusive jurídicos, que possibilitem e garantam o exercício dos direitos fundamentais. É necessária uma teoria jurídica e um controle de constitucionalidade que forneçam ao Judiciário a competência para decidir não somente se o conteúdo formal e material da lei aplicada é, *in tese*, (in) constitucional, mas também que possa se pronunciar em face da sua possível inexistência – derivada de omissão - e da (in) constitucionalidade do resultado de sua aplicação em um caso concreto.

Quanto a esta última possibilidade invocada, a título exemplificativo, podemos imaginar um caso hipotético em que um homem velho, que vive exclusivamente de sua modesta aposentadoria, paga pelo Estado que reconhece a moradia como direito fundamental e com igual *regime jurídico* em relação aos demais direitos fundamentais. Com o dinheiro recebido paga um aluguel, também modesto, e adquire

vestimentas, alimentos básicos e produtos de higiene pessoal. Supondo que em dado período, conforme possibilitado por uma determinada política monetária governamental, ocorram reajustes do valor do aluguel em percentuais superiores ao reajuste do valor da aposentadoria, em pouco tempo o aposentado não suportaria mais pagar o valor do aluguel. No caso apresentado, a legislação civil, analisada *in abstracto*, na parte em que disciplina a possibilidade de despejo do imóvel no caso de não pagamento do aluguel ao proprietário ou possuidor do imóvel, é constitucional e encontrar-se-ia amparada no exercício do direito de propriedade. A solução jurídica da aplicação do método de interpretação e aplicação proposto pela teoria kelseniana, caso realmente o despejo viesse a ser requerido a um juiz - agente do mesmo Estado que não efetivou o reajuste da aposentadoria em patamares que lhe preservassem o poder aquisitivo -, seria a aplicação do método de *subsunção* do fato à lei, já tida por constitucional no aspecto da sua validade - formal e material -, sem qualquer possibilidade de análise e decisão sobre a constitucionalidade do resultado da aplicação na lei neste caso concreto, ou seja, seria emitida uma ordem de despejo sem qualquer outra preocupação com a materialização de direitos definidos constitucionalmente.

Esta solução judicial, acima apresentada, não está adequada a ser proferida no âmbito de um Estado social, onde reconhecimento de que os direitos sociais estão colocados em regime de igualdade com os direitos individuais no rol de direitos fundamentais, e necessita que o tratamento jurídico dispensado a ambos seja interpretado sistematicamente a partir das disposições constitucionais, na medida da desigualdade das exigências necessárias para a garantia e realização de cada um deles. Por este motivo a teoria kelseniana se apresenta insuficiente e, portanto, inadequada para a satisfação das tarefas do Estado social. Pelo contrário, a utilização de seu arcabouço teórico, que limita a atividade jurisdicional no controle de constitucionalidade quando se envolvem de direitos fundamentais em casos concretos, cria obstáculo à realização efetiva do *comando político-jurídico* definido genericamente nas Constituições sociais. Entretanto, este impedimento não se encontra relacionado ao seu princípio basilar de *dever de obediência à ordem estabelecida* o qual, pelo contrário, é fator que pode induzir ao cumprimento dos comandos constitucionais. Mas sim, está alicerçado na limitação da categoria principiológica da *imputação* que, conforme já observado, apresenta-se somente como um exercício de conhecimento de uma norma jurídica, estabelecendo uma relação normativa sancionatória que não possibilita aos direitos fundamentais

sociais - enquanto normas destituídas de sanção pelo seu não cumprimento - a possibilidade de constituírem-se em direito subjetivo a fim de fazer com que valham de modo efetivo. Esta limitação, portanto, apresenta reflexo no entendimento sobre a atividade jurisdicional no controle de constitucionalidade, o qual fica limitado à tarefa de anulação de leis consideradas inconstitucionais (com resultado de sanção), sem que seja reconhecida a competência judicial para impelir os demais poderes à atuação efetiva e necessária na realização de direitos ou – como no caso hipotético apresentado - para que o próprio Judiciário atue na proteção de direitos sociais violados quando são aplicadas, a casos concretos, normas *in tese* constitucionais.

A consequência de uma introspecção teórica no âmbito do *juspositivismo normativista* pode resultar na incapacidade de perceber a insuficiência da própria teoria frente a desafios jurídicos não percebidos ou ignorados na época que fora formulada. O Estado social não apresenta somente funções de repressão ou de abstenção, mas também uma exige a atuação dos poderes constituídos para garantir e realizar direitos que definem um tipo de Estado ao qual se vincula uma sociedade. O caráter geral e abstrato das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais*, que compõem o *comando político-jurídico* das Constituições, especialmente das sociais, não é impeditivo de que lhes seja reconhecido o seu caráter deontológico. Este problema e uma proposta para sua solução se constituem, parcialmente, em objeto da teoria da direito proposta por Ferrajoli e serão abordados mais à frente quando a teoria kelseniana será submetida a uma análise crítica a partir da teoria garantista.

3.2 O PRINCIPIALISMO FRENTE ÀS CONSTITUIÇÕES

Não é possível identificar com o termo *principalismo* uma teorização que se traduza de forma uníssona. Talvez fosse mais conveniente conceituá-lo como um movimento de caráter ideológico no campo do direito do que propriamente uma teoria do direito. Suzana Pozzolo, ao defender a adequação do termo neoconstitucionalismo – para conceituar o que preferimos denominar *principalismo* - entende que este:

[...] não se apresenta como uma doutrina descritiva (como pretende ser o juspositivismo metodológico ou conceitual), mas, no mínimo,

como uma reconstrução racional e, no máximo, como uma justificação do sistema. A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão, sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser. (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77-78).

Como se vê Pozzolo, busca caracterizar o *principalismo* no campo teórico, como uma contraposição ao *juspositivismo* metodológico ou conceitual⁷³. Entretanto não nega o caráter político e, portanto, ideológico do *principalismo* por pretender indicar uma forma de como deve ser o direito. Disso também se pode deduzir que o *principalismo* pretende instrumentalizar o direito para uma determinada finalidade. A exposição desta pretensão não pode ser algo condenável, pelo contrário, este entendimento da autora demonstra sinceridade intelectual e desprendimento da ilusão de que o direito é algo apartado do agir ideológico. Mas, quanto à sua oposição ao *juspositivismo*, que se realiza no campo teórico, é preciso identificar se o *principalismo* cria algo novo ou se parte de teorias e conceitos já estabelecidos anteriormente.

Lenio Streck observa que a base teórica do *neoconstitucionalismo* (*principalismo*) foi buscada na argumentação jurídica e na *jurisprudência dos valores*, a partir de Robert Alexy. E também, em complemento a isso, deve ser assinalado que o argumento jurídico sob base axiológica tem uma raiz que é anterior a Alexy e esteve presente na doutrina de base sociológica da *jurisprudência dos interesses*, do *movimento para o Direito livre* e da *livre investigação científica*. Conforme destacado anteriormente, estas correntes doutrinárias têm em comum, além de seu caráter valorativo, a oposição ao *juspositivismo legalista* e ao *juspositivismo conceitual* da *jurisprudência dos conceitos* a qual também encontra oposição na proposta hermenêutica valorativa de Alexy.⁷⁴ Portanto, pode ser afirmado que foi no caminho deixado

⁷³ Aqui se vale dos conceitos definidos por Bobbio, sobre o positivismo metodológico e conceitual que difere do positivismo ideológico (BOBBIO, 1995).

⁷⁴ Streck assevera que "De fato, Alexy não identifica o seu modelo com uma "jurisprudência de valores", embora não seja esta a questão central da "incorporação" de Alexy pelo neoconstitucionalismo. Despiciendo lembrar que Alexy procura depurar (racionalizar) a jurisprudência dos valores dominante até hoje no Tribunal Constitucional Alemão. Para ele, a *Wertungsjuriprudenz* é irracional. E essa racionalização é feita, segundo ele, através de padrões analítico-conceituais ainda signatários da tradição da

pela doutrina antiformalista de base sociológica que se desenvolveu a construção de teorias jurídicas que, resgataram valores morais em oposição ao formalismo jurídico, de que é exemplo a teoria axiológica de Alexy (2007).

Embora se reconheça a construção de uma *praxis* e de uma doutrina de valores na Alemanha, que Robert Alexy incorporou - ou mesmo pode ser entendido como um dos seus artífices -, também se deve ter em conta a influência que a teoria jurídica estadunidense teve nesta construção, em virtude da própria experiência secular de um sistema em que a abertura axiológica sempre foi uma característica presente. Esta estabilidade fatalmente não passou despercebida pela jurisprudência e doutrina jurídica europeias.

Neste sentido, na literatura jurídica é perceptível que Ronald Dworkin influenciou significativamente o debate que levou à construção das concepções *principalistas* de caráter *antipositivista*, com forte teor axiológico e moralista, a partir da publicação intitulada *Taking Rights Seriously*, no ano de 1977. Nesta obra, na qual esclarece que um princípio deve ser observado "[...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade" (DWORKIN, 2002, p. 36), dirige uma crítica ao *juspositivismo* em virtude da discricionariedade que esta teoria confere ao juiz sob a utilização de argumentos de que "[...] os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios [...]", ou que os princípios "[...] não podem prescrever um caso particular", e ainda que "[...] sua autoridade e mais ainda o seu peso são

"jurisprudência dos conceitos" alemã." (STRECK, 2012, p. 72). Corroborando com esta afirmação de Streck, é possível identificar que as reflexões de Alexy relativas aos direitos fundamentais estão todas centradas no sistema jurídico alemão quando tipifica como Estado constitucional democrático aquele que corresponde a uma *praxis* constitucional em que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha joga um importante papel (ALEXY, 2005, p. 31). Também, Alexy enxerga na atividade do Tribunal Constitucional Federal, no pós-segunda guerra, um controle jurisprudencial por meio da noção da existência de valores objetivos, tendo por paradigma o caso Lüth: "Novos horizontes têm-se aberto também para o Tribunal Constitucional no controle da jurisprudência. Desde a sentença Lüth do ano de 1958, uma das de maior transcendência geral do Tribunal Constitucional Federal, pode ser dito que cada juiz deve ter em conta em cada decisão os direitos fundamentais. Estes devem irradiar o Direito em sua totalidade como valores ou "juízos de valor objetivos" (*objektive Wertentscheidungen*)" (ALEXY, 2005, p. 34, grigo do autor, tradução nossa).

intrinsecamente *controversos*" (DWORKIN, 2002, p. 56-58). A ideia de que o direito é formado por regras e também por princípios, onde a moral é fator de peculiar importância é posteriormente objeto de nova publicação nos Estados Unidos em 1985 com o título *A Matter of Principle* (DWORKIN, 2005). No mesmo ano Robert Alexy publica na Alemanha *Theorie Der Grundrechte* (ALEXY, 1997), obra esta de grande importância na definição doutrinária de um método hermenêutico que adota a diferenciação normativa entre princípios e regras, no âmbito dos direitos fundamentais, com apelo a conceitos morais.

A influência destas teorias ultrapassou seus campos geográficos originários, e nas últimas décadas têm influenciado o estudo do direito em países que ao lado da Alemanha, depois de terem passado pela experiência do totalitarismo de tipo fascista/nazista, desenvolveram constituições rígidas centradas nos direitos fundamentais, e com profundo compromisso com o modelo de Estado social. Especificamente a promulgação das constituições da Itália (1947), Portugal (1976) e Espanha (1978) levaram à necessidade de rediscutir a teoria do direito em virtude da constatação de insuficiência da teoria existente até então, particularmente no âmbito da hermenêutica, do direito constitucional e da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O estudo do direito no Brasil também foi influenciado pelo debate produzido a partir de então, especificamente após a promulgação da Constituição de 1988, que se inclui no encerramento de um ciclo de regimes autoritários durante o século XX e apareceu como instrumento para que sociedade brasileira realize um encontro com a modernidade. E apesar da existência de algum esforço teórico em sentido contrário, pode ser verificado que no Brasil, a produção acadêmica *principalista* tem se preocupado somente em realizar uma transposição mecânica da teoria de Alexy⁷⁵ sem fazer uma análise das condições e resultados da aplicação desta teoria em um sistema jurídico-constitucional e em uma cultura jurídica que fundou-se sob o entendimento de que o direito e a moral são

⁷⁵ Não somente a teoria da ponderação de Robert Alexy tem recebido este tipo de transposição, como também várias outras teorias forâneas, como já foi observado por Virgílio Afonso da Silva: "Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis." (SILVA, 2003, p. 116).

elementos distintos. Além disto, é importante destacar que a leitura desta teoria tem sido feita de forma superficial, principalmente quando desconsidera seus elementos fundamentais, levando ao que Lenio Streck chama de *mixagem teórica* (STRECK, 2012, p. 72), ou ainda quando incorpora algum método incompatível com ela realizando, conforme observado por Virgílio Afonso da Silva, um *sincretismo metodológico* (SILVA, 2003, p. 133-139), ou ainda a um certo desvirtuamento das teorias principialistas quando o que se faz inicialmente é realizar a decisão judicial para depois encontrar um princípio que lhe seja mais adequado⁷⁶, mesmo que isto atente contra a legalidade e subverta o *comando político-jurídico* constitucional.

Em sentido oposto, indubitavelmente, tem sido possível observar que na Espanha já existe há décadas, o desenvolvimento de um trabalho com consistência no âmbito do *principialismo* que, considerando as características particulares da Constituição espanhola, busca dialogar com os postulados da *jurisprudência de valores* sem, no entanto, esquecer os traços fundamentais que marcam seu próprio sistema e cultura jurídica formados sobre os pilares *juspositivistas*. Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero representam esta escola que busca apontar os limites do *juspositivismo* como instrumento para a compreensão, melhoria e crítica do Direito e da dogmática das diversas práticas jurídicas, mas que também procura estabelecer um encontro entre os elementos da teoria analítica – influenciadora do *juspositivismo* kelseniano – com uma concepção racionalista e objetivista da ética

⁷⁶ Neste sentido, Cademartori e Duarte observam que: "Com base em princípios constitucionais – muitos deles inclusive implícitos -, muitos magistrados têm declarado a inconstitucionalidade de normais legais e, a seguir, substituído a decisão legislativa pela solução reputada mais adequada ao caso concreto. A usual generalidade dos princípios permite uma série de soluções, conferindo ao julgado, nessas condições, uma ampla gama de soluções que lhe permitem se sobrepor à manifestação legislativa. No que tange às correntes teóricas que colocam ênfase no papel da fundamentação racional, como no caso de Aléxy e Günther, muitas críticas também podem ser feitas. A mais importante delas diz respeito ao fato de que tem sido muito mais importante a decisão em si (ato de vontade) do que o ato de fundamentação (ato de conhecimento), pois esta ainda não teria se revelado suficientemente imune a contradições. Talvez simplificando demais o fenômeno, pode-se dizer que há uma variada gama de argumentos sempre pronta a justificar as mais variadas decisões."(CADEMARTORI; DUARTE, 2009. p. 4).

(ATIENZA; MANERO, 2007, p. 17)⁷⁷. A partir da publicação da obra *Las piezas del Derecho* em 1996 (ATIENZA; MANERO, 2007) apresentam um trabalho no campo do *principalismo* que indubitavelmente deve ser observado e analisado em virtude do seu protagonismo em não realizar uma transposição mecânica da teoria *alexiana* para o direito espanhol.

As vertentes teóricas de Dworkin, Alexy e de Atienza e Manero serão a seguir analisadas com a intenção de compreender como o *principalismo* se comporta frente ao *comando político-jurídico* das constituições, e mais especificamente das constituições sociais. Para isto, e sem a pretensão de esgotar todas as particularidades de cada uma destas teses principalistas, inicialmente traçaremos suas características fundamentais. Posteriormente, sob a formulação de um entendimento relativo ao que as une ou as contrapõem e também no que são complementares, verificaremos como podem contribuir para dar efetividade ao *comando político-jurídico* e consequentemente à implementação e aplicação de direitos da Constituição de um Estado social.

3.2.1 O Principalismo de Ronald Dworkin

Dworkin estabelece uma compreensão de que o sistema jurídico é formado pelo que denomina de padrões que consistem em: *regras*, *princípios* e *políticas* sendo que também utiliza o termo princípios de maneira genérica para indicar tudo o que não for regra (DWORKIN, 2002, p. 36), e procura estabelecer os pontos decisivos entre eles a partir de sua posição em face do *juspositivismo*, que para o autor é um modelo para um sistema de regras.

Ao realizar uma distinção entre *princípios* e *política* entende que esta "[...] estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria

⁷⁷ Na apresentação de seu trabalho apresentado na publicação "Laz Piezas del Derecho" que pretende ser a primeira parte de uma teoria geral do Direito, os autores esclarecem que "A pesar de considerar – como se verá a lo largo del libro – que la identificación de una norma como jurídica es básicamente un asunto de hechos sociales o institucionales y no de calificación moral, no creemos que pueda elaborarse – o que tenga sentido elaborar – una teoría del Derecho de espaldas a la teoría ética. Nosotros asumimos em este trabajo expresamente una concepción de la ética que podría calificarse – aunque quizás em un sentido mínimo – de cognoscitivista y objetivista. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 18).

em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]” (DWORKIN, 2002, p. 36), enquanto que os princípios se ligam normativamente a uma outra questão como uma “[...] uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Percebe-se que, segundo Dworkin *princípios* são normas que se apresentam como razões para direitos individuais – o que fica claro nas suas próprias exemplificações (DWORKIN, 2002, p. 128-141) -, enquanto que dentro daquilo que Dworkin denomina de *políticas* (*polices*) se aproxima daquilo que neste trabalho denominamos de *diretrizes*.

Todavia, não fornece um conceito objetivo que estabeleça uma clara distinção entre princípios e regras. A falta desta precisão é reconhecida pelo autor quando diz que nem sempre fica claro se a forma de um *padrão* é uma regra ou de princípio, e que em muitos casos é difícil saber a distinção (DWORKIN, 2002, p. 43). Para realizar a distinção procura utilizar a exemplificação por meio de casos concretos, como abordagem típica da tradição do *common law*. Mas fica mais tangível a compreensão da distinção quando, em um dos casos abordados, trata do funcionamento dos princípios dizendo que “[...] mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). A partir disso é decorrência lógica que as regras, ao contrário dos princípios, apresentam consequências jurídicas que são automáticas quando as condições são dadas e previstas nas próprias regras. A regra, portanto, apresenta uma característica de vinculação e obrigatoriedade em uma dimensão que não é reconhecida ao princípio, situação esta que fica clara no seguinte exemplo:

Um princípio como "Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos" não pretende [nem mesmo] estabelecer as condições que tornem a sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular. (DWORKIN, 2002, p. 41, grifo do autor).

Também, verifica-se o estabelecimento de uma delimitação entre princípios e regras por meio da qual a diferença fundamental encontra-se

no caráter de graduação deontica conferido às regras e aos princípios. Em que pese apontar ao estabelecimento de uma cláusula de exceção que permitiria a existência de duas regras conflitantes no mesmo sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 40), entende que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* (DWORKIN, 2002, p. 39) e que o conflito entre regras se resolve no plano da validade:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular que esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte-americano] utiliza essas duas técnicas) (DWORKIN, 2002, p. 43).

E entendendo que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é de peso e importância (DWORKIN, 2002, p. 42), propõe que na resolução de um conflito entre princípios se leve em consideração o peso relativo de ambos colocando que,

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia (DWORKIN, 2002, p. 42).

Vê-se que Dworkin não nega conteúdo deontico aos princípios, conforme também é reconhecido por Habermas (2003, p. 262), embora os entenda como derogáveis. E possibilita esta derrogação a partir de um exercício argumentativo que ultrapassa as próprias justificativas

internas do sistema jurídico. Isto é reconhecido por Habermas mediante a seguinte análise a respeito da teoria de Dworkin sobre o caráter deôntico que confere aos princípios

É verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas. (HABERMAS, 2003, p. 262).

Verifica-se que, desta forma, à maneira de Dworkin, princípios e políticas (*diretrizes*) são colocados em mesmo nível, possibilitando que um princípio possa ter mais peso do que uma determinada política, sendo aplicado em detrimento da política e vice-versa, e também que a justificação para o resultado deste exercício pode ser buscada fora do próprio sistema jurídico no qual se incluem tais princípios e *diretrizes*.

3.2.2 O Principialismo de Robert Alexy

Em que pese a possível influência que o *principialismo* estadunidense possa ter sobre o *principialismo* alemão, é necessário distinguir as divergências teóricas existentes entre estes seus dois autores aqui apresentados, as quais nos fornecem também as características gerais de ambas as teorias, para que depois, na sequência, se possa esclarecer melhor a proposta teórica de Alexy.

Alexy entende que entre regras e princípios não existem somente uma diferença gradual, mas também qualitativa (ALEXY, 1997, p. 86). Regras, por conterem determinações do quadro fático e juridicamente possível são *mandamentos definitivos* (ALEXY, 1999, p. 275), e quando válidas somente podem ser cumpridas ou não (ALEXY, 1997, p. 87). Enquanto que os princípios, por não conterem estas determinações, são *mandados de otimização*⁷⁸, ou seja, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 1997, p. 86), e como tal podem

⁷⁸ O termo mandado deve ser entendido em sentido amplo, abarcando também permissões e proibições. (ALEXY, 1997, p. 86).

ser realizados em graus distintos (ALEXY, 1999, p. 275). Em que pese Alexy se aproximar do conceito formulado por Dworkin quando afirma que toda norma é uma regra ou um princípio, e que as regras quando válidas somente podem ser cumpridas ou não cumpridas (ALEXY, 1997, p. 87), no âmbito deontico há uma distinção no entendimento quanto aos princípios. Há uma expressa discondância de Alexy em relação a Dworkin quando este último afirma que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*, e quando entende que os princípios somente enunciam uma razão que conduz um argumento em uma certa direção, e que não apresentam necessariamente consequências jurídicas às quais se seguem decisões quando estão dadas as condições normativas (ALEXY, 1997, p. 99). A divergência fica bem esclarecida na teoria de Alexy quando estabelece a forma de resolução das tensões que se produzem dentro do sistema normativo, ou seja, das colisões entre regras, entre princípios e entre princípios e regras. Segundo ALEXY:

A distinção entre regras e princípios se mostra clarissimamente nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. Comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, é dizer, a dois juízos de dever ser jurídicos contraditórios. Se diferenciam na forma como se soluciona o conflito. (ALEXY, 1997, p. 87, tradução nossa)⁷⁹.

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na *contradição entre regras e princípios*, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais. É certo, porém, que em condições peculiares deve ser aplicada a regra

⁷⁹ No original: La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto

específica, quando é protegida por outro princípio, ficando afastada a aplicação do princípio de menor peso (ALEXY, 1997, p. 86).

O *conflito entre regras* já reserva outras formas de resolução. Em determinados casos, tais tensões podem ser sanadas mediante o emprego de critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas. Neste caso, a regra hierarquicamente superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), segundo a determinação do critério hierárquico. A regra posterior derroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), pela aplicação do critério cronológico. Pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*), usando-se o critério da especificidade. Nesse caso, o conflito se resolve no âmbito da validade, já que, se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas consequências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo. (ALEXY, 1997, p. 88). Entretanto, conforme Robert Alexy um conflito entre regras pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito, quando então a regra perde seu caráter definitivo para resolução do caso (ALEXY, 1997, p. 99). Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de *dever ser* reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento (ALEXY, 1997, p. 88).

Por sua vez, a *colisão entre princípios* não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor⁸⁰. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro e nem que no princípio deslocado seja aplicada uma cláusula de exceção (ALEXY, 1997, p. 89). No caso concreto, em uma "relação de precedência condicionada", determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, pelo fato de não ser aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. (ALEXY, 1997, p. 89). A solução do conflito entre regras,

⁸⁰ No item III do capítulo terceiro, o autor dedica atenção especial a cerca de princípio e valor. (ALEXY, 1997, p. 138 -172).

em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. Enquanto a forma de aplicação das regras é a subsunção, a dos princípios é a ponderação (ALEXY, 1999, p. 275). A tensão entre princípios se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto por meio de uma relação de precedência condicionada. Conforme Alexy:

A solução da colisão consiste melhor em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios *uma relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede a outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente. (ALEXY, 1997, p. 92, grifo do autor, tradução nossa)⁸¹.

Isto significa dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições fáticas e jurídicas, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente. Robert Alexy denomina *lei de colisão* (ALEXY, 1997, p. 90) a solução da tensão de *mandamentos de otimização* com base na *relação de precedência condicionada*. Este critério consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de normas de otimização, que podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Por sua vez, o exercício de fundamentação que leva à otimização dos

⁸¹ La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

princípios se realiza por meio da máxima da proporcionalidade que contém três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1997, p. 111-112) – também conhecidas como princípios parciais do princípio da proporcionalidade⁸². Respectivamente estas máximas parciais relacionam-se à idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; à verificação se não existe um meio mais ameno, ou seja, menos interventor; e à ponderação (ALEXY, 1999, p. 277). A ponderação, "[...] diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas", e como sendo uma regra diz que "Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro" (ALEXY, 2007, p. 111).

Buscando sustentar que a resolução da tensão entre princípios por meio da ponderação é um método racional, Alexy esclarece que ao ser feita devem ser determinadas a intensidade da intervenção, a importância das razões que justificam a intervenção e, por fim, a realização da ponderação no sentido próprio (ALEXY, 1999, p. 278). A base na racionalidade, conforme o autor, não está somente nesta estrutura formal da ponderação, mas sim na sua vinculação a uma teoria da argumentação jurídica. Conforme expõe Alexy:

Certamente, a *lei da ponderação enquanto tal* não formula nenhuma pauta cuja ajuda podem ser decididos definitivamente os casos. Mas, o *modelo de ponderação como um todo* proporciona um critério que vincula a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. (ALEXY, 1997, p. 167, grifo do autor, tradução nossa)⁸³.

É perceptível que existe um esforço teórico de Alexy, no campo hermenêutico, no sentido de justificar a racionalidade do método de ponderação na aplicação de princípios de direitos fundamentais ao defender a vinculação da ponderação à argumentação jurídica. Entretanto toda a teoria de Alexy encontra-se lastreada em uma

⁸² Virgílio Afonso da Silva reconhece a proporcionalidade como regra e não como princípio (SILVA, 2002).

⁸³ No original: Ciertamente, la *ley de la ponderación en tanto tal* no formula ninguna pauta com cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. pero, el *modelo de ponderación como un todo* proporciona um criterio al vincular la ley de la ponderacion com la teoria de la argumentación jurídica racional.

pretensão de correção que acaba por coligar o procedimento argumentativo à ponderação por meio da utilização de juízos morais universais que, mesmo podendo ser racionais sempre carregaram alto grau de subjetividade e não se submetem à característica deontica dos discursos jurídicos internalizados em um sistema jurídico. Conforme se vê na explicação de Alexy:

Assim, meu argumento a favor de uma conexão conceitual necessária entre o Direito e a Moral está acabado. A base está formada pela pretensão de correção. Esta somente tem caráter definitivo para o sistema jurídico em seu conjunto, além do que seu caráter qualificativo se faz óbvio se o sistema jurídico se vê como um sistema de procedimentos, a partir do ponto de vista de um participante. A explicação desta pretensão dentro do marco da teoria do discurso deixa claro que o Direito tem uma dimensão ideal conceitualmente necessária que conecta o Direito com a uma moral procedimental universalista. (ALEXY, 1993, p. 56, tradução nossa).⁸⁴

Também é observável que em relação às *diretrizes* do Estado não é possível encontrar na obra de Alexy uma preocupação e nem mesmo uma superficial definição. Por um lado poderia-se afirmar que estas *diretrizes* simplesmente não se constituem em elemento de qualquer importância em sua teoria. Mas de outro lado seria mais correto afirmar que a noção de uma moral procedimental universalista conectada ao Direito, conforme propõe Alexy, não está coadunada a interpretar que os Estados possuem estruturas jurídicas distintas e que, por isso, indicam também a existência de *diretrizes* normativas e, portanto, *comandos político-jurídicos* distintos. E sendo assim, não é por desimportância que Alexy não trabalha a questão das *diretrizes* em sua teoria e sim porque

⁸⁴ No original: Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Esta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se hace obvio si el sistema jurídico se ve como um sistema de procedimientos, desde el punto de vista de um participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al Derecho com una moral procedimental universalista.

esta questão, relativa aos objetivos do Estado, se resolveria por meio de juízos procedimentais que conectam o Direito, e o próprio Estado, a uma moral universal.

3.2.3 O Principialismo de Atienza e Manero

Conforme já anunciado acima, encontramos no trabalho teórico desenvolvido por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (ATIENZA; MANERO, 2007) uma concepção que reconhece como importantes os conceitos básicos do direito desenvolvidos a partir de Kelsen, sem deixar de apontar suas limitações, buscando também suas respostas no objetivismo ético. Aparentemente, parece estar em uma encruzilhada entre o *principialismo* e o *juspositivismo normativista*, entretanto enquadra-se na categoria teórica *principialista* por apresentar uma tipologia dos enunciados jurídicos que parte de uma distinção normativa entre regras e princípios, entendendo estes últimos como normas de ação ou de objetivos a serem realizados admitindo a ponderação em determinados casos.

Por querer apresentar quase um meio termo, ou uma mescla, entre uma *doutrina de valores* e o *juspositivismo*, como será demonstrato mais à frente, e por tentar estabelecer um diálogo com o *garantismo* (FERRAJOLI; MANERO, 2012), esta teoria demonstra ser importante no desenvolvimento deste trabalho que apresenta como um de seus objetivos analisar as respostas teóricas quanto ao questionamento de como devem ser interpretados e aplicados os direitos fundamentais e *diretrizes* inscritos em uma Constituição social, como a brasileira.

Manero e Atienza realizam uma basilar distinção entre *regras*, *princípios em sentido estrito* e *diretrizes* ou *normas programáticas*. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 27). Entendem que as *regras* e os *princípios em sentido estrito* podem ser formulados como enunciados que correlacionam casos com a qualificação normativa de uma determinada conduta, mas os diferenciam por estes últimos o fazerem de forma aberta, enquanto que aquelas o fazem de forma fechada. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 30). Realizam a explicação deste conceito sob o argumento de que:

[...] enquanto que nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto acabado e fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se

trata somente de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham uma periferia maior ou menor de vaguedade, mas que tais condições não se encontrem sequer genericamente determinadas. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 31, tradução nossa) ⁸⁵.

Assim, normas de direitos fundamentais como as que estabelecem direitos como o direito à liberdade, à igualdade e não discriminação enquadram-se no conceito de *princípio em sentido estrito* adotado por esta concepção.

E é importante esclarecer que Atienza e Manero rejeitam o método de ponderação proposto por Alexy como forma de resolução quando ocorre colisão entre o que denominam *princípios em sentido estrito*. Entendem que os princípios em *sentido estrito* não devem ser maximizados gradualmente por meio da regra de ponderação, mas que um *princípio em sentido estrito* deve ceder a outro que tiver maior peso, ou seja, aplicado a um determinado caso, o resultado da ponderação deve ser a total derrogação de um dos princípios, conforme se verifica no seguinte exemplo dado a partir da Constituição Espanhola:

[...] o art. 14 da Constituição espanhola⁸⁶ proíbe *prima facie* discriminar atendendo a fatores de nascimento, raça, sexo, etc., sempre que se dê uma oportunidade para discriminar atendendo a qualquer destes fatores; esta proibição somente cede no caso em que se trate de concorrer outro princípio que desloque o anterior e que, em relação ao dito caso tenha um maior peso (ou, se for preferível, se as razões derivadas de algum outro princípio a favor de um tratamento desigual tenha mais peso que a razão constituída pelo

⁸⁵ No original: [...] mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado. , em los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas.

⁸⁶ Art. 14 da Constituição Espanhola: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

princípio de igualdade de tratamento). (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 31-32, tradução nossa)⁸⁷.

Como se percebe, Atienza e Manero admitem a ponderação quando há colisão entre *princípios em sentido estrito*, mas são contrários a que sejam realizáveis modalidades graduais de cumprimento de cada um deles, como é feito por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste entendimento, o princípio de maior peso deve prevalecer totalmente em relação ao outro princípio (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 33).

Este entendimento dos juristas espanhóis deriva de dois outros que lhe são preliminares. O primeiro é de que há um comando deontico no *princípio em sentido estrito* que impediria que pudessem ser cumpridos em diversos graus, ou seja, exige um cumprimento pleno caso prevaleça frente a regras ou princípios em sentido contrário, e não devem ser cumpridos quando o peso de regras ou princípios que lhe façam oposição tenham maior peso. O segundo entendimento, está na distinção entre princípios e regras que – fiel à proposta de não abandonar a teoria analítica –, ao estabelecer a dimensão deontica, se apegar à construção teórica do *juspositivismo normativista* tendo por referência a relação de *causalidade jurídica* teorizada por Kelsen. Contra isso poderia ser objetado que os autores estariam, em vez disto, concordando com a versão principialista Dworkiana que, na resolução de um conflito entre princípios, propõe que se leve em consideração o peso relativo de ambos para aplicar um e deixar de aplicar outro. Entretanto, fica esclarecido que, na realidade, partem do viés *juspositivista* para formular sua proposição quando percebem, na relação de *causalidade jurídica*, derivada de *princípios em sentido estrito*, a inexistência de um antecedente, ou suposto de fato, que possibilite uma conexão com a consequência jurídica prevista no enunciado, em virtude do grau de indeterminação e generalidade do próprio antecedente dos

⁸⁷ No original: [...] el art. 14 CE prohíbe *prima facie* discriminar atendiendo a factores de nacimiento, raza, sexo, etc., siempre que se dé una oportunidad para discriminar atendiendo a cualquiera de dichos factores; dicha prohibición *prima facie* sólo cede si en relación con el caso de que se trate concurre otro principio que desplace al anterior y que, en relación con dicho caso, tenga un mayor peso (o, si se prefiere, si las razones derivadas de algún otro principio a favor de un tratamiento desigualitario tienen más peso que la razón constituida por el principio de igualdad de trato).

princípios em sentido estrito. Deriva disto, que a alternativa encontrada por Manero é que:

[...] este antecedente não pode reconstruir-se mais do que apelando ao maior peso que tenham as razões para realizar a ação que figura no conseqüente do princípio de que se trate, frente ao peso que podem ter as razões para realizar outra ação que figure no conseqüente de outro princípio. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 100, tradução nossa)⁸⁸.

Mas, desta alternativa deriva sim uma solução final, similar à proposta por Dworkin, por meio da qual deve ser realizado o afastamento da aplicação de um *princípio em sentido estrito* em favorecimento a outro princípio. Assim, e em virtude do caráter deontológico reconhecido pela teoria de Atienza e Manero aos *princípios em sentido estrito*, e também do reconhecimento de uma exclusiva submissão à relação de causalidade jurídica, estes, "[...] ou se cumprem ou não se cumprem" (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 33), ou seja, não utilizam a ponderação, conforme proposta por ALEXY (1997, p. 111-115), mas realizam uma total derrogação normativa, de uma das normas.

Entretanto, o entendimento é outro quando se trata do que denominam *diretrizes* ou *normas programáticas*. Segundo Atienza e Manero, diferentemente dos *princípios em sentido estrito*, as *diretrizes* não configuram de forma aberta somente suas condições de aplicação, mas também o modo de conduta prescrito. Para exemplificar utilizam a disposição contida no art. 51.1 da Constituição espanhola⁸⁹ que garante a defesa dos consumidores e usuários, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos. Argumentam que, igualmente ao já referenciado art. 14, as condições de

⁸⁸ No original: [...] este antecedente no puede reconstruirse más que como apelando al mayor peso que tengan las razones para realizar la acción que figura en el conseqüente del principio de que se trate frente al peso que puedan tener las razones para realizar outra(s) acción(es) que figure(n) en el conseqüente de outro(s) principio(s).

⁸⁹ Art. 51.1 da Constituição Espanhola: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

aplicação aparecem configuradas de forma aberta, mas que, diferentemente do art. 14 a conduta prescrita no art. 51.1 não se encontra determinada, ou seja, não proíbe nenhuma ação. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 33). Neste caso, das *diretrizes*, seria possível a ponderação, por serem *mandamentos de otimização*, na forma preconizada por Robert Alexy. Conforme explicam Atienza e Manero,

Dáí que, diferente do que ocorre com os princípios em sentido estrito, na conduta governada por diretrizes não se trata de determinar a prevalência de uma ou outra em relação a um determinado caso, mas de articular políticas capazes de alcançar, em maior grau possível, a realização de todos estes objetivos. A teoria de Robert Alexy dos princípios como *mandamentos de otimização* resulta, a nosso juízo, distorcida, como dito antes, em relação aos princípios jurídicos em sentido estrito, mas é perfeitamente adequada para dar conta das diretrizes. (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 33-34, tradução nossa)⁹⁰.

Para Manero, enquanto que a consequência jurídica de um *princípio em sentido estrito* é a realização de uma ação, no caso das *diretrizes*

[...] se trata da maximização de um estado de coisas caracterizada por uma certa propriedade graduável que faz referência a algo que se considera um bem coletivo: por exemplo a maior satisfação pela demanda de postos de trabalho [...] que podemos alcançar em graus muito diversos mediante cursos de ação (políticas) muito

⁹⁰ No original: De ahí que, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de todos estos objetivos. La teoría de Robert Alexy de los principios como *mandatos de optimización* resulta, a nuestro juicio, distorsionadora, por lo antes dicho, en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices.

diversas: fiscais, educativas, de regime matrimonial, de provisão de certos bens públicos, etc. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 101-102, tradução nossa)⁹¹.

Atienza e Manero se alicerçam no entendimento de que as *diretrizes* somente contém valores utilitários que estão limitados negativamente por valores finais que estão expressos no que denominam *princípios em sentido estrito*. Conforme explicam os autores

O aspecto justificativo dos princípios é distinto, segundo se trate de princípios em sentido estrito ou de diretrizes. Os primeiros proporcionam uma justificação última (dado que expressam valores últimos), mas não concludentes (até decidir como se resolve a possível concorrência de outros valores). No caso das diretrizes, a justificação que proporcionam não é última, posto que somente contem valores utilitários que estão limitados – diríamos, negativamente – pelos valores finais. Não é tampouco concludente, pois uma ação causalmente idônea para conseguir o estado de coisas considerado como utilitariamente valioso pela diretriz pode incidir negativamente na consecução de outros estados de coisas também considerados utilitariamente valiosos por outras diretrizes (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 163, tradução nossa)⁹².

⁹¹ No original: [...] se trata de la maximización de un estado de cosas caracterizado por una cierta propiedad que hace referencia a algo que considera un bien colectivo: por ejemplo, la mayor satisfacción de la demanda de puestos de trabajo [...] que podemos alcanzar en muy diversos grados y mediante cursos de acción (políticas) muy diversas: fiscales, educativas, de régimen matrimonial, de provisión de ciertos bienes públicos, etc.

⁹² No original: El aspecto justificativo de los principios es distinto, según se trate de principios en sentido estricto o de directrices. Los primeros proporcionan una justificación última (dado que lo que expresan son valores últimos), pero no concluyentes (hasta decidir cómo se resuelve la posible concurrencia de otros valores). En el caso de las directrices, la justificación que proporcionan no es última, puesto que sólo contienen valores utilitarios que están limitados – diríamos, negativamente – por los valores finales. No es tampoco concluyente, pues una acción causalmente idónea para conseguir el estado de cosas considerado como utilitariamente valioso por la directriz

Visto a abordagem acima, verifica-se que a real inovação do *principalismo* de Atienza e Manero em relação ao *principalismo* de Alexy encontra-se em que, embora reconheçam a existência de princípios que atuam diferentemente de regras, esta diferenciação se traduz menos no fato de que as condições de aplicação normativa tenham maior ou menor vaguidade do que na (in)determinação destas condições. A compreensão quanto à existência de uma indeterminação no *antecedente* de determinadas normas resultou na aproximação da teoria dos autores espanhóis ao *juspositivismo normativista*, por meio do reconhecimento e utilização teórica da *relação de causalidade* verificada por Kelsen. Entretanto, a teoria encontra-se firmemente condicionada à concepção principalista que confere a determinadas normas um sentido de valor que, como tal, em contraposição a outros valores leva à aplicação do método ponderativo, seja por meio de derrogações graduáveis (Alexy), seja por meio de derrogações que são feitas na sua totalidade (Dworkin).

3.2.4 As Possibilidades do Principalismo

Em que pese as distinções apresentadas sobre as teses principilistas de Dworkin, Alexy, e Manero e Atienza, que são relativas ao tratamento conferido às *diretrizes* e aos princípios de direito fundamental quanto à possibilidade de sua aplicação, é possível perceber que há nas teses principalistas algo que as une essencialmente: a vinculação que realizam entre direito e moral por meio de uma axiologização do direito, o que significa a compreensão de que existe uma ordem jurídica de valores que regulam as relações que envolve Estado e sociedade. E para que sejam compreendidas quais as reais possibilidades de que o *principalismo* sirva como instrumento para a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social, é necessário antes entender que o paradigma teórico no campo principalista, foi desenvolvido e voltado para a realidade fornecida pelas constituições dos E.U.A e da Alemanha de 1949, onde nem mesmo estão positivados os direitos fundamentais sociais. Na Alemanha, exemplificadamente, os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes Executivo, Legislativo e

puede incidir negativamente en la consecución de otros estados de cosas también considerados utilitariamente valiosos por otras directrices.

Judiciário⁹³, e somente de forma subsidiária é entendido o Estado social⁹⁴, com um reconhecimento – ainda que restritivo - dos direitos sociais como fundamentais, somente por meio da atividade do Tribunal constitucional alemão e de sua construção de uma doutrina de valores⁹⁵. Ter isto em consideração é importante para que se entenda o motivo pelo qual Alexy trata os direitos fundamentais sociais sob o entendimento de que a concessão ou não concessão destes não pode estar submetido às eventuais maiorias parlamentares (ALEXY, 1997, p. 494). Para isto defende que "[...] a questão sobre quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente é uma questão de ponderação entre princípios"⁹⁶. (ALEXY, 1997, p. 494).

Alexy propõe a utilização do método de ponderação, pelo motivo de que entende existir uma permanente colisão entre direitos fundamentais no sistema jurídico alemão, que sendo colidentes naturalmente, simplesmente podem ser resolvidos por meio de uma *teoria dos princípios*, independentemente do fato de poderem estar descritos como regras (ALEXY, 1999, p. 111-112). A *teoria dos princípios*, poderia então vincular a aplicação de direitos fundamentais, impossibilitando que deixassem de ser aplicados ao serem entendidos, conforme pensa Dworkin, somente como uma razão que conduz um argumento em uma certa direção, ou que um princípio deixe de ser aplicado por ter menos peso do que outro princípio. Entretanto, é necessário também observar que a solução quanto à vinculação oferecida pelo método de ponderação, é passível de refutações que emanam, inclusive, do próprio campo da teoria da argumentação jurídica à qual Alexy, conforme já visto, alia a ponderação. Podem ser

⁹³ Art. 1.3 da Lei Fundamental alemã.

⁹⁴ Conforme esclarece Böckenförde, "La Ley Fundamental, sin embargo, no se queda en esto, sino que más bien ha acogido el problema central de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la concepción liberal del Estado que está tras de ella, la relativa ceguera frente a los presupuestos sociales de la realización de la libertad de derechos fundamentales, y ha proporcionado una solución positiva através de la fijación del cometido del Estado social como um princípio constitucional vinculante y coordinado com el Estado de Derecho". (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 105).

⁹⁵ Como fonte de pesquisa – e que serviu de fonte para a afirmativa verificar o trabalho realizado por Jürgen Schwabe na compilação das sentenças do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (SCHWABE, 2003).

⁹⁶ "[...] la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el indiviuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios.

observadas ao menos duas refutações de Habermas (2003) à ponderação de princípios que mostram-se adequadas a demonstrar as suas possibilidades na implementação e aplicação de direitos.

A primeira delas é relativa ao entendimento de Alexy de que princípios são normas, mas que, diferente das regras, devem ser interpretados como valores. Ao identificar princípios e regras como normas, conferindo aos primeiros a característica de valores como mandados de otimização, incluiria na mesma categoria elementos distintos, uma vez que normas apresentam um comando deôntico que não está presente nos valores. Para Habermas,

[...] princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente (HABERMAS, 2003, p. 316).

Isto, não significa afirmar que as normas, sejam elas princípios ou regras, são destituídas do valor que são conferidas pelo legislador e pelo intérprete do direito. Mas a redução dos princípios a valores impediria que fossem enquadrados na categoria de normas, por não poderem ser aplicados da mesma maneira, uma vez que perderiam o sentido deôntico que é próprio das normas jurídicas. O princípio-valor, ao perder o sentido deôntico, ou seja, quando a sua otimização "[...] não pode ser extraída da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível, impõe uma ponderação orientada por um fim" (HABERMAS, 2003, p. 315), impondo uma tirania dos valores que sustentam uma finalidade que não se encontra vinculada aos objetivos definidos normativamente pelo Estado.

A segunda refutação se apresenta como decorrente da primeira e afeta diretamente os direitos fundamentais. Está calcada no fato de que Alexy entende os direitos fundamentais como princípios que, portanto, estariam destituídos de vinculação e obrigatoriedade, principalmente no caso de colisões entre direitos fundamentais, uma vez que, a cada caso, estariam em disputa com outros direitos fundamentais e dependendo das preferências intersubjetivas. Conforme Habermas "no caso de uma

colisão, *todas as razões* podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito" (HABERMAS, 2003, p. 321, grifo do autor). Assim, os direitos fundamentais, não poderiam ser entendidos como centro do sistema jurídico, irradiando seus comandos a toda atividade estatal e também ao agir social, uma vez que poderiam ser relativizados conforme cada caso em que fossem apresentados.

Alexy está atento a estas críticas e as contrapõe em parte, buscando demonstrar que o método ponderativo - ao contrário do que sugere Habermas - está relacionado a uma pretensão de correção e que se isto não fosse verdade "o desenvolvimento do direito constitucional alemão nos últimos cinquenta anos seria, no núcleo, o desenvolvimento de uma equivocação" (ALEXY, 2007, p. 109). Alega ainda que "[...] no direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo" (ALEXY, 2007, p. 110) que é o princípio da proporcionalidade, composto de três princípios parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - já comentados anteriormente. Para o autor, a crítica de que, no caso de colisão, todas as razões podem assumir argumentos de colocação de objetivos, enfraquecendo o caráter deontológico de normas e princípios, seria exata se não fosse possível pronunciar sentenças racionais por meio do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2007, p. 111).

Não é nossa intenção realizar uma análise acabada relativa às contraposições teóricas entre a teoria argumentativa de Alexy e de Habermas, a qual se dá sob a ambientação da cultura jurídica alemã. Isto exigiria algo que vai além das pretensões deste trabalho. Mas quanto a este debate, é necessário pontuar que toda a argumentação de Alexy na defesa do método da ponderação na aplicação dos direitos fundamentais, encontra-se centrada no entendimento destes direitos como princípios reduzidos a valores no plano da hierarquia constitucional. E está estritamente vinculada à história constitucional alemã e particularmente à construção jurídica que abandonou o positivismo jurídico ao mesmo tempo em que iniciou a construção de uma jurisprudência de valores⁹⁷.

⁹⁷ A Alemanha, país de desenvolvimento capitalista tardio – que se consolidou como Estado somente na segunda metade do século XIX, fruto de um processo de unificação dos antigos Estados germânicos –, foi protagonista de um processo que levou à Primeira Guerra Mundial, quando seu objetivo central era a conquista de mercados e matéria-prima para compensar o tempo perdido durante o século XIX (MOTA, 1996, p. 215). Perdida a guerra, a

situação que impedia o desenvolvimento do capitalismo alemão permaneceu latente. A situação econômica, social e política do Pós-Primeira Guerra leva à feitura de uma Constituição carregada de direitos sociais, o que deve ser considerado grande avanço no campo dos direitos humanos, mas contraditoriamente irrealizáveis em um país que saía derrotado e endividado da guerra, sufocado na sua possibilidade de desenvolvimento em virtude da crise instalada a partir da crise capitalista de 1929 (RÉMOND, 1976, p. 71-72), e com uma burguesia industrial e financeira que "[...] encontrou na ideologia nazista a melhor arma de combate, de mobilização e de eliminação de dissidências no interior do Estado, em nome do “espaço vital mínimo” e da “pureza da raça”, bem como da “tradição cultural” e da “superioridade” alemãs." (TRINDADE, 2002, p. 106-161). Essa trajetória, de amplo conhecimento no mundo acadêmico, não favorecia a implementação daquilo que se considerava uma conquista – os direitos sociais. Soma-se a isso o fato de que esses direitos não eram exigíveis, pois não havia construção doutrinária que os possibilitasse. Além disso, era rechaçado pela doutrina e pelo Judiciário qualquer posicionamento favorável à vinculação do legislador, mesmo de conteúdo programático, pois estava presente a concepção de soberania do legislador, fruto de uma construção jurídica de característica juspositivista da época (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 97). Essa situação levaria necessariamente ao entendimento de que não é aplicável uma Constituição que preserve direitos sociais. A Constituição de Weimar foi rejeitada pelo legislador constituinte de 1949 principalmente sob a justificativa de não ter sido suficiente para barrar a ascensão do nazismo (KRELL, 2002, p. 244), quando os direitos fundamentais relativos à vida e à liberdade foram violentamente suprimidos. Disso resultaram três aspectos significantes na formulação dos direitos fundamentais na Lei Fundamental: a) No seu art. 1.3, dispõe que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis; b) Rejeitou-se um catálogo de direitos sociais – mesmo que não incluídos dentro dos direitos fundamentais; c) Houve aprofundamento na concepção clássica sobre direitos fundamentais, entendidos como tais somente os ligados ao princípio de liberdade do Estado de Direito Liberal, como resposta às atrocidades do Estado nazista. Entenderam-se os direitos humanos como direitos pré-estatais – conforme disposição no seu art. 1.1, sob os quais deve subsumir-se qualquer ordem estatal (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 89). – o que ainda vem sendo admitido pela doutrina alemã (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 73-74). A partir disso, formula-se uma teoria constitucional alemã, centrada nos direitos fundamentais, com abandono do positivismo jurídico (KRELL, 2002, p. 257), que dá àqueles característica de direito objetivo e conteúdo valorativo, a qual é assim explicada por Böckenförde: "El descubrimiento y desarrollo del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio/decisiones axiológicas data de la mitad de los años 50. Se encuentra en conexión con la discusión sobre la fundamentación del Derecho en la

Esta construção e consequentemente a teoria ponderativa de Alexy demonstra estar acondicionada a realizar a tarefa de consolidação de um Estado social a partir das próprias dificuldades encontradas pela Alemanha, o que não significa dizer que pode servir a indistintamente a qualquer outra realidade jurídico-constitucional.

Se na *teoria dos princípios* de Alexy a questão sobre quais direitos sociais o indivíduo possui se realiza ponderando princípios caso a caso, por meio desse entendimento também seria correto afirmar que a própria aplicação da *teoria dos princípios* em uma determinada realidade jurídica e social, também deve ser ponderada caso a caso.

Assim, também poderíamos ser levados a entender que a proposta principialista de Atienza e Manero adquire configurações próprias, pelo motivo de que se poderia esperar que o método ponderativo simplesmente é adaptável à realidade espanhola dependendo da vontade discricionária do teórico. Entretanto, esperamos que seja por um motivo mais relevante que os autores espanhóis optam por contrapor-se a Alexy quando dizem que os *princípios em sentido estrito*, diferentemente das *diretrizes*, não admitem modalidades graduáveis de cumprimento. É que a cultura jurídica espanhola pode não estar adequada a absorver o método ponderativo, decorrente e alicerçado em uma doutrina de valores, da mesma forma como ocorre na Alemanha, a qual está familiarizada a esta construção jurídica a mais de sessenta anos.

De qualquer modo, o método ponderativo, que é utilizado nas teorias principialistas aqui trabalhadas, em virtude do enfraquecimento do carácter deontológico, das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais*, tanto pode inibir a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social em virtude da falta de rigidez que conferem aos dos dispositivos constitucionais que são elementares na definição de direitos e do tipo de Estado, quanto possibilitam uma abertura a valores que pode reforçar este comando, a depender das valorações e suas relativizações presentes no discurso jurídico.

República Federal, discusión inevitable y obligada tras el derrumbamiento del Régimen N.S. y el fracaso del positivismo jurídico" (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 105).

3.3 O POSITIVISMO CRÍTICO DE FERRAJOLI (GARANTISMO) FRENTE ÀS CONSTITUIÇÕES

Em que pese seu entendimento sobre o caráter formal do direito, a teoria denominada de *garantismo* por Luigi Ferrajoli não pode ser confundida como o *juspositivismo normativista*. O termo *garantismo* é utilizado sob significados que se completam na obra de Luigi Ferrajoli. Abellán (2005) já indentificou três: a) um *modelo normativo de direito* (um modelo de estado de direito); b) uma *teoria jurídica* (de *juspositivismo* crítico em oposição ao dogmático); c) Como *filosofia política* (que fundamenta o Estado no reconhecimento e proteção de direitos (ABELLÁN, 2005, p. 22). A estes acrescentamos um quarto, um *modelo de constitucionalismo*, o qual é mais específico porque é derivado de análises e proposições relativas ao paradigma constitucional - em vez do paradigma *juspositivista* - e que apresenta referência empírica no constitucionalismo democrático de forma a indentificar as garantias capazes de reduzir a divergência entre o *dever ser* normativo e o *ser* efetivo do direito positivo. (FERRAJOLI, 2011b, p. 29-30).

Ferrajoli não desenvolveu sua teoria sob a perspectiva de uma cultura jurídica submetida à concepção liberal de Estado, mas também não submete a sua aplicação unicamente às constituições sociais. Desenvolve seu trabalho sob o entendimento de que as constituições têm incorporado os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, não aborta a ideia de que sua teoria pode ser utilizada frente a uma constituição liberal ou mesmo que pode ser aceita por uma ideologia que nega valor a qualquer direito fundamental - e neste aspecto percebe-se que a análise crítica de sua teoria é exterior ao direito positivado. Sua noção de direitos fundamentais é formal, ou seja, são fundamentais os direitos que estão descritos na Constituição como direitos fundamentais⁹⁸. Conforme explicita Ferrajoli:

⁹⁸ Ferrajoli entende que, mesmo um direito fútil, ou com falta de equidade, como por exemplo o direito de portar armas previsto na Constituição dos E.U.A, é um direito fundamental naquele Estado. E direitos deste tipo devem provocar críticas externas ou em casos extremos, no plano moral, a desobediência, como também se pode propor interpretações restritivas de normas deste tipo, mas não se pode ignorá-las. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 111-112).

Acrescento uma outra vantagem de minha definição teórica dos direitos fundamentais, formal como todas as definições dos conceitos da teoria: seu caráter ideologicamente neutro, que a faz aceitável não somente com referência aos ordenamentos que, contêm direitos fundamentais que julgamos carentes de valor, mas também de forma independente das diversas ideologias, incluída a ideologia que rejeita o valor de qualquer direito fundamental. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 112, tradução nossa)⁹⁹.

Desta explicação não devemos simplesmente ou somente entender que o *juspositivismo* crítico, representado pelo *garantismo*, se apegue ainda à ideia equivocada do *juspositivismo normativista* de que é possível construir uma teoria jurídica livre das ideologias, ou mesmo que um intérprete do direito poderia realizar sua tarefa livre da ideologia que carrega consigo. Em que pese esta incorporação da equivocada ideia de neutralidade presente na obra de Kelsen, o que propõe o jurista italiano é a existência de um desvalor teórico - somente na perspectiva interna ao sistema jurídico - sobre quais direitos podem ser positivados como fundamentais nas constituições. Para ele qualquer direito pode ser considerado fundamental desde que seja assim entendido pela comunidade que o incorpora à sua Constituição. Ferrajoli, ao menos no plano interno ao direito, opõe-se à possibilidade de uma ética cognitiva que pré-estabeleça os direitos que devem ser entendidos como fundamentais em um sistema constitucional. Para o *garantismo* a noção de direitos fundamentais é formal e interna ao sistema jurídico, mas a lado disto – em sua teoria jurídica - propõe uma crítica externa sobre o conteúdo do direito e uma interna relativa às suas garantias com base em uma filosofia política que desenvolve.

A partir disto, nos interessa analisar se a proposta de Ferrajoli auxilia a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social, uma vez que é uma teoria formulada sob a égide da incorporação

⁹⁹ No original: Añado una ulterior ventaja de mi definición teórica de derechos fundamentales, formal como todas las definiciones de los conceptos de la teoría: su carácter ideológicamente neutral, que la hace aceptable no solo con referencia a los ordenamientos que contienen derechos fundamentales que juzgamos carentes de valor, sino también de forma independiente de las diversas ideologías, incluida la ideología que rechaza el valor de cualquier derecho fundamental.

dos direitos sociais às Constituições europeias e latino-americanas, e fundamentalmente na vigência da Constituição italiana de 1947, que incluímos no conceito de Constituição social definido neste trabalho.

Esta análise se realiza sob a identificação de que na obra de Ferrajoli há o estabelecimento de duas críticas fundamentais que lhe conferem uma característica de equilíbrio entre as teorias até aqui analisadas: a) primeira em relação ao *juspositivismo normativista* de Kelsen (*paleopositivismo*); b) a segunda em relação ao *principialismo*. Por meio do apontamento da crítica do *garantismo* a estas duas concepções será possível demonstrar quais são seus postulados teóricos e também aprofundar o entendimento sobre o *juspositivismo normativista* e sobre o *principialismo*. Assim, esta análise pode ainda possibilitar um alargamento na compreensão relativa às possibilidades e insuficiências que estes três campos teóricos apresentam na realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social.

3.3.1 O Garantismo Frente ao Juspositivismo Normativista

Como já foi dito anteriormente, a dificuldade do *juspositivismo normativista* na realização do *comando político-jurídico* das constituições sociais está relacionada à categoria principiológica da *imputação* que, apresentada como um exercício de conhecimento de uma norma jurídica, estabelece uma relação normativa sancionatória que não realiza qualquer observação sobre a realidade. E desconhece o Estado social como sistema normativo que não apresenta somente uma função repressiva, mas também outras prescritas pela Constituição, que se encontram relacionadas à realização de objetivos constitucionais.

Pode-se perceber o rompimento desta barreira a partir de Ferrajoli, o qual desenvolve uma teoria do direito no campo do *juspositivismo* que parte de uma crítica ao *juspositivismo normativista* – o qual denomina de *paleopositivismo* (FERRAJOLI, 2011a, p. 117) – fundamentalmente quanto à insuficiência deste em dar respostas à necessidade de que os dispositivos constitucionais, de caráter abstrato, geral e com relativo grau de indeterminação, e também muitas vezes destituídos de garantias de realização quando não é cumprido o seu comando normativo, de que são exemplo o direito educação, a saúde, a alimentação, etc., tenham reconhecida sua dimensão deontológica a partir do acolhimento de seu conteúdo prescriptivo.

Ferrajoli estabeleceu uma teoria do direito que ultrapassa os limites fixados pelo *juspositivismo normativista*, o qual somente se

apresenta como um exercício de conhecimento de uma norma jurídica e que estabelece uma relação normativa meramente sancionatória, levando ao entendimento equivocado de que direitos e garantias se implicam mutuamente (FERRAJOLI, 2011a, p. 101). Na relação de implicação que se dá entre *ato* e *efeito* como relação entre ilícito e sanção, esta última é conceito fundamental da teoria kelseniana, e aparece como forma de garantia que possibilita a própria existência de um direito. Apesar de ser aparente que na abordagem juspositivista se exige muito da atividade legislativa e nada da atividade jurisdicional para se trazer avanços materiais à sociedade, Ferrajoli, diferentemente de Kelsen, ao desenvolver uma teoria que não submete a existência de um direito à verificação de existência de garantias para sua realização, aparenta não desconhecer que existe um *comando político-jurídico* constitucional que exige uma construção teórica que inclua o Judiciário na tarefa de auxílio aos demais poderes na construção e realização do modelo político-estatal previsto em uma Constituição social. Conforme Ferrajoli,

Esta errônea identificação dos direitos com as garantias é o preço que Kelsen deve pagar por sua concepção imperativista do direito, baseada na centralidade da sanção. Se trata, sem dúvida, de um preço demasiado alto, que contradiz as premissas normativistas e juspositivistas de sua própria teoria. Pois, com efeito, a partir disto se segue que os direitos fundamentais postos ou produzidos como atos normativos válidos, mas privados de garantias seriam, simplesmente, direitos inexistentes: como inexistentes – simples *flatus vocis* – seriam também as normas que os expressam; que inteiros catálogos de direitos – grande parte dos direitos sociais e quase todos os direitos humanos estabelecidos por convenções internacionais – seriam não direitos, não normas, somente porque privados de garantias, tanto primárias como secundárias [...]. (FERRAJOLI, 2011b, p. 863, tradução nossa)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ No original: "Esta errónea identificación de los derechos con las garantías es el precio que há de pagar Kelsen por su concepción imperativista del derecho, basada en la centralidad de la sanción. Se trata sin embargo de un precio demasiado alto, que contradice las premisas normativistas y iuspositivistas de su propia teoría. Pues, em efecto, de aquí se sigue que derechos fundamentales puestos o producidos por válidos actos normativos pero privados de garantías

A postura de Ferrajoli se encaminha para uma aproximação entre o *comando político-jurídico* da Constituição de sua realização efetiva. Em seu exercício metodológico Ferrajoli constrói novas categorias e tipologias jurídicas e reconhece uma nova relação normativa que deve ser explicitada e delineada para que seja possível a compreensão de sua teoria, e também para que não se realize uma confusão terminológica, em virtude de que estas categorias, tipos ou relações são específicos de sua teoria, ou se estabelecem por meio de nomenclaturas diferentes das apresentadas pelo *juspositivismo* clássico.

Ferrajoli propõe uma tipologia das regras (ou normas) em que diferencia as *regras deônticas* (ou regulativas) das *regras constitutivas*. A *regra constitutiva* é definida como *toda regra que disponha ou predisponha um estatus* e, por sua vez, a *regra deôntica* é definida como *toda regra que disponha ou predisponha modalidades deônticas ou expectativas positivas ou negativas* (FERRAJOLI, 2011b, p. 225). Estes postulados, que fazem a definição de *regra constitutiva* e *regra deôntica* carregam termos que exigem um espaço para que seja exposto seu conteúdo semântico.

Assim, neste contexto teórico o termo *estatus* é entendido no sentido de identidade ou qualificação *ôntica* dentro de um sistema *deôntico*, ou seja, "[...] para designar aquellas qualificações que são instituídas por regras no que diz respeito ao seu tema, a fim de determinar sua posição em um sistema deôntico determinado"¹⁰¹. (FERRAJOLI, 2011b, p. 84, tradução nossa)¹⁰².

Por sua vez, o termo *modalidade* é definido no sentido de:

serían, simplemente, derechos inexistentes: como inexistentes – simples *flatus vocis* – serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos – gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales – serían no-derechos, no-normas, sólo porque privados de garantías, tanto primarias como secundarias [...]"

¹⁰¹ Ferrajoli, exemplifica as regras constitutivas de estatus por meio do art. 2º do Código Civil italiano que dispõe sobre a constituição imediata de estatus quanto à capacidade para o trabalho adquirida ao completar dezoito anos, e também por meio das regras que pré-constituem estatus de seus hipotéticos temas, como nos artigos 2082 e 2083 do mesmo código que define a figura de empresário e de pequeno empresário. (FERRAJOLI, 2011b, p. 226).

¹⁰² No original: para designar aquellas calificaciones que son instituidas por reglas em lo que respecta a su tema a fin de determinar su posición en un sistema deôntico determinado.

[...] <<figura de qualificação deôntica ativa>>, isto é, como predicado associável não já a um comportamento, mas à figura deôntica que tem como tema o dito comportamento; para designar, por tanto, as figuras de 'permissão positiva' (ou de comissão) e/ou de 'permissão negativa' (ou de omissão) de um comportamento dado, assim como as figuras de 'faculdade', de 'proibição' e a 'obrigação' definíveis a partir delas. Diferente dos termos que designam os correspondentes *modos deônticos* – como 'permitido', 'não permitido', 'obrigatório' e 'proibido', predicáveis dos comportamentos de maneira imediata (como na tese <<nos locais públicos *está proibido fumar*>>)-, estes termos designam figuras de qualificações deônticas de comportamentos (como na tese <<em locais públicos *existe a proibição* de fumar>>): portanto, não o comportamento facultativo, mas a faculdade mesma; não o comportamento proibido, mas sua proibição; não o comportamento obrigatório, mas sua obrigação. (FERRAJOLI, 2011b, p. 83-84, grifo do autor, tradução nossa)¹⁰³.

Por fim, como definição dos termos *expectativa positiva* e *expectativa negativa* temos que:

¹⁰³ No original: [...] <<figura de calificación deóntica activa>>, esto es, como predicado asociable no ya a un comportamiento sino a la figura deóntica que tiene como tema dicho comportamiento; para designar, por tanto, las figuras del 'permiso positivo' (o de comisión) y/o del 'permiso negativo' (o de la omisión) de un comportamiento dado, así como las figuras de la 'facultad', la 'prohibición' y la 'obligación' definibles a partir de ellas. A diferencia de los términos que designan los correspondientes <<modos deónticos>> - como 'permitido que', 'permitido que no', 'obligatorio' y 'prohibido', predicables de los comportamientos de manera inmediata (como en la tesis <<em los locales públicos *esta prohibido fumar*>>) -, estos términos designan figuras de calificaciones deónticas de comportamientos (como em la tesis <<en los locales públicos *existe la prohibición* de fumar>>): por tanto, no el comportamiento facultativo, sino la facultad misma; no el comportamiento prohibido, sino su prohibición; no el comportamiento obligatorio, sino su obligación.

Diferente do que ocorre com 'modalidade', 'expectativa' é predicável por outra parte não somente em relação com (a comissão ou a omissão de) um comportamento do sujeito ao qual se imputa, mas também com o comportamento de outros. Por conseguinte serão definíveis a partir dela todas as situações jurídicas que chamarei de <<passivas>>, como por exemplo os direitos subjetivos, caracterizáveis por todos eles, inclusive quando incuem também faculdades, como expectativas de não lesões ou de prestações, assim como as relações jurídicas de seus titulares com os titulares das situações que chamarei <<ativas>> enquanto consistentes nas obrigações e proibições correspondentes. (FERRAJOLI, 2011b, p. 84, tradução nossa)¹⁰⁴.

Portanto, são entendidos como *expectativa* todos os direitos subjetivos, que Ferrajoli indentifica como *positivos* e *negativos*, nos quais se enquadram os direitos fundamentais. Os direitos sociais – na sua maioria – são tidos como direitos subjetivos positivos, que consistem na expectativa positiva de prestações, e os direitos subjetivos negativos consistem em simples expectativa de não lesão de que é exemplo o direito à liberdade pessoal e à intimidade (FERRAJOLI, 2011b, p. 146). Sobre as obrigações e proibições correspondentes, deve ser destacado que, a partir do estabelecimento de relações deonticas entre sujeitos distintos, Ferrajoli estabelece a tese lógica por meio da qual dizer que a um indivíduo é imputada uma expectativa equivale a dizer que a outro indivíduo é imputada a obrigação correspondente (FERRAJOLI, 2011b, p. 182). Esta tese está acentada no postulado de que "se de algo existe a

¹⁰⁴ No original: A diferencia de lo que ocurre con 'modalidad', 'expectativa' es predicable por otra parte no sólo en relación con (la comisión o la omisión de) un comportamiento del sujeto al que se imputa, sino también con un comportamiento de otros. Por consiguiente serán definibles a partir de ella todas las situaciones jurídicas que llamaré <<pasivas>>, como por ejemplo los derechos subjetivos, caracterizables todos ellos, incluso cuando incluyen también facultades, como expectativas de no lesiones o de prestaciones, así como las relaciones jurídicas de sus titulares con los titulares de las situaciones que llamaré <<activas>> en tanto que consistentes en las obligaciones y prohibiciones correspondientes.

expectativa de comissão, então existe também uma modalidade correspondente em virtude da qual não está permitida sua omissão, e vice-versa" (FERRAJOLI, 2011b, p. 147, tradução nossa)¹⁰⁵.

Portanto, podemos sintetizar e traduzir os conceitos de *regra constitutiva* e *regra deôntica* da seguinte forma: a) *regra constitutiva* é toda regra que disponha ou predisponha qualificações que determinam uma posição em um sistema deôntico; b) *regra deôntica* é toda regra que disponha ou predisponha uma figura deôntica associada a um dado comportamento comissivo ou omissivo, bem como a faculdade, proibição e obrigação definíveis a partir deles, ou ainda as expectativas pela ação ou omissão decorrentes das faculdades, proibições e obrigações correspondentes.

A identificação de que uma *regra constitutiva* ou uma *regra deôntica* disponham ou predisponham respectivamente uma qualificação e uma figura deôntica também encerram significados que definem uma importante classificação na tipologia normativa relativa ao que é definido como *regras téticas* e *regras hipotéticas*. Esta classificação encontra-se vinculada à constatação de que as regras dispõem ou predispoem uma situação jurídica. Conforme define Ferrajoli: "*Regras téticas são as regras que dispõem modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas ou estatus. [...] Regras hipotéticas são as regras que predispoem modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas ou estatus.*"¹⁰⁶ (FERRAJOLI, 2011b, p. 223, grifo do autor, tradução nossa). Estas definições que distinguem *regras téticas* e *regras hipotéticas* em virtude de que, respectivamente dispõem ou predispoem algo são assumidas por meio do seguinte postulado da teoria garantista: "*As regras ou bem são elas mesmas modalidades, ou expectativas positivas, ou expectativas negativas ou estatus, ou bem predispoem modalidades, ou expectativas positivas, ou expectativas negativas ou estatus*" (FERRAJOLI, 2011b, p. 89, grifo do autor, tradução nossa)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ No original: Si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente em virtud de la cual no está permitida su omisión.

¹⁰⁶ No original: *Reglas téticas son las reglas que disponem modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus.[...] Reglas hipotéticas son las reglas que predisponem modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus.*

¹⁰⁷ No original: *Las reglas o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponem modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus.*

Esta distinção, por meio da qual se conclui que as *regras téticas* são, elas mesmas, modalidades, expectativas ou status, e que as *regras hipotéticas* predis põem modalidades, expectativas ou status se referem aos níveis imediato e mediato da prescritividade e da universalidade das regras. As regras, ou dispõem de modo imediato prescrições, ou as predis põem como possíveis ante a previsão de determinadas hipóteses. São *téticas* as regras imediatamente prescritivas que por isto apresentam característica mais elementar, e são *hipotéticas*: as normas imediatamente prescritivas e de característica mais complexa que predis põem prescrições por meio da mediação do que contemplam como hipóteses; as normas que disciplinam a formação de atos prescritivos; e as normas sobre a aplicação de sanções e outras (FERRAJOLI, 2011b, p. 222-223), cuja exemplificação é fornecida por Ferrajoli

As *regras téticas* são as mais elementares. Consistem de modo imediato em prescrições, isto é, em modalidades, expectativas ou status de caráter universal. São por exemplo regras téticas, quando dispõem de modo imediato modalidades, expectativas ou status de caráter geral e/ou abstrato, os dez mandamentos, as regras do xadrez que constituem o status da torre ou do cavalo estabelecendo seus tipos de movimentos sobre o tabuleiro, prescrições como <<proibido fumar>> e <<proibido estacionar>>, as normas que proíbem determinados comportamentos como delitos, ou que conferem direitos fundamentais, ou bem status como a capacidade jurídica ou a capacidade de fazer. As *regras hipotéticas* são, ao contrário, mais complexas. Não dispõem de maneira imediata prescrições, mas as predis põem como modalidades, expectativas ou esttos destinados a qualificar os temas que regulam. Som por exemplo hipotéticas, quando presdipõem prescrições de modo mediato, é dizer, com a mediação do que contemplam como hipóteses, as regras do xadrez que pretedeterminam o status de <<xeque ao rei>> ou de <<xeque mate>> na presença de determinados pressupostos, as normas que disciplinam a formação dos atos preceptivos, as normas sobre a aplicação das sanções previstas para quando se cometam delitos; ou também as

normas sobre os efeitos do matrimônio, as definições legislativas e, em geral, todas as regras que predeterminam modalidades, expectativas ou status como efeito dos atos que contemplam em abstrato como hipóteses. (FERRAJOLI, 2011b, p. 223, grifo do autor, tradução nossa)¹⁰⁸.

A divisão entre regras deônticas e regras constitutivas e entre regras téticas e hipotéticas possibilita, ainda, um entrecruzamento por meio do qual se obtêm quatro classes de regras: *regras tético-deônticas*, *regras tético-constitutivas*, *regras hipotético-deônticas* e *regras hipotético-constitutivas*. (FERRAJOLI, 2011b, p. 227).

Na análise da teoria jurídica adequada às constituições sob a perspectiva da *concepção social de Estado* nos interessam particularmente as *regras tético-deônticas*, que dispõem de modo imediato prescrições associadas a um dado comportamento comissivo ou omissivo, bem como a faculdade, proibição e obrigação definíveis a partir deles (modalidades) e expectativas pela ação ou omissão decorrentes das faculdades, proibições e obrigações correspondentes, de que são exemplo os direitos fundamentais, compreendidos nestes os

¹⁰⁸ No original: Las reglas téticas son las más elementales. Consisten de modo inmediato en prescripciones, esto es, en modalidades, expectativas o status de carácter universal. Son por ejemplo reglas téticas, en cuanto disponen de modo inmediato modalidades, expectativas o status de carácter general y/o abstracto, los diez mandamientos, las reglas del ajedrez que constituyen el status de torre o de caballo estableciendo sus tipos de movimientos sobre el tablero, prescripciones como <<prohibido fumar>> y <<prohibido aparcar>>, las normas que prohíben determinados comportamientos como delitos, o que confieren derechos fundamentales, o bien status como la capacidad jurídica o la capacidad de obrar. Las reglas hipotéticas son en cambio más complejas. No disponen de manera inmediata prescripciones, sino que las predisponen como modalidades, expectativas o status destinados a calificar los temas que regulan. Son por ejemplo hipotéticas, en cuanto predisponen prescripciones de modo mediato, es decir, con la mediación de lo que contemplam como hipótesis, las reglas del ajedrez que predeterminan el status de <<jaque al rey>> o de <<jaque mate>> en presencia de determinados presupuestos, las normas que disciplinan la formación de los actos preceptivos, las normas sobre la aplicación de las sanciones previstas para cuando se cometan delitos; o también las normas sobre los efectos del matrimonio, las definiciones legislativas y, en general, todas las reglas que predeterminan modalidades, expectativas o status como efectos de los actos que contemplam en abstracto como hipótesis.

direitos individuais e os direitos sociais. Os dispositivos constitucionais sobre direitos individuais e direitos sociais, apresentam caráter abstrato, geral e com relativo grau de indeterminação, mas que por não predisporer prescrições, não disciplinarem a formação de atos prescritivos e não disporem sobre aplicação de sanções, são reconhecidos como normas *tético-deônticas*, imediatamente prescritivas ao mesmo tempo em que dispõem uma figura deôntica associada a expectativas negativas e positivas.

Feito este delineamento preliminar das principais categorias e tipologias do garantismo, a seguir demonstraremos como a concepção kelseniana de que o Direito é uma ordem coercitiva (KELSEN, 2005, p. 27), alidado à sua observação de que "[...] o elemento de "coerção", que é essencial ao Direito, consiste [...] no fato de que atos específicos de coerção, como sanções, são previstos em casos específicos pelas regras que formam a ordem jurídica". (KELSEN, 2005, p. 42) - (destaque do autor), tem influência no seu entendimento do fenômeno normativo e de como isto, sob a ótica do *garantismo*, torna sua teoria inadequada e insuficiente para a realização do *comando político-jurídico* das constituições sociais.

Conforme Ferrajoli, a caracterização das regras a partir da *causalidade jurídica (imputação)* – a qual nomeia de *eficácia dos atos*¹⁰⁹-, isto é, sobre o fato de que nelas encontra-se explicitada a suposição fática (fato ou ato jurídico), à qual se conectam consequências jurídicas, reflete somente uma das possibilidades instituídas por elas (FERRAJOLI, 2011b, p. 266). O autor identifica outra relação de implicação, da qual Kelsen não tomou conta (FERRAJOLI, 2011b, p.167), que não se dá entre *ato* e *efeito* como relação entre ilícito e sanção, mas entre *modalidade* e *comportamento*. Conforme esclarece o autor:

Kelsen, com é sabido, identifica o nexo de *dever ser* – em lugar de fazê-lo com a relação de implicação entre 'modalidade' e 'comportamento' (ou entre 'expectativa' ou 'regra deôntica' e seus correspondentes temas) – com a relação de implicação entre 'ato' e 'efeito', interpretada restritivamente como relação entre 'ilícito' e

¹⁰⁹ Ferrajoli não utiliza o termo eficácia no sentido de efetividade que é atribuído por Kelsen, mas como designação da capacidade dos atos de produzirem efeitos. (FERRAJOLI, 2011b, p. 268).

'sanção' [...]. (FERRAJOLI, 2011b, p. 166, grifo do autor, tradução nossa)¹¹⁰.

Isto fica reforçado por meio das próprias observações de Ferrajoli quando, ao reconhecer que a *eficácia dos atos* (ou causalidade jurídica) é a única relação de *dever ser* identificada por Kelsen, demonstra ser inadequada e insuficiente para dar conta de todas as regras deônticas, como também esclarece:

[...] esta é a única relação de <<dever ser>> - <<se A, então (deve ser) B>>, onde A é o ato e B a sanção – identificada por Kelsen como a forma elementar da fenomenologia normativa. Pois bem, esta relação é, em meu parecer, inadequada e insuficiente para dar conta de todas as regras deônticas. É inadequada porque a dimensão deôntica, é dizer, o <<dever ser>> (o Solen), já não reside no nexo de implicação, que é um nexo lógico veritativo-funcional, mas nas situações jurídicas, isto é, nas figuras deônticas que *são* (e já não devem ser) efeito do ato: o nexo <<A→B>>, em outras palavras, não se dá entre dois atos, pois não tem sentido a implicação de um ato por parte de outro ato, mas ente o ato – por exemplo, um ilícito, mas também um ato negocial, ou jurisdicional, ou legislativo, e a figura deôntica que é efeito do mesmo, como por exemplo, a responsabilidade, da qual a sanção é atuação, ou bem os direitos ou poderes ou deveres produzidos pelos actos preceptivos dos quais são atuação os correspondentes atos de exercício ou de cumprimento ou incumprimento. É desta forma como se articulam as regras que predisõem a eficácia dos atos hipotetizados por elas e que tenho chamado, por isso, de *regras (e normas) hipotético-deônticas*: como, por exemplo, as regras penais, as quais, que na hipótese do delito

¹¹⁰ No original: Kelsen, como es sabido, identifica el nexo de <<deber ser>> - em lugar de hacerlo con la relación de implicación entre 'modalidad' y 'comportamiento' (o entre 'expectativa' o 'regla deôntica' y sus correspondientes temas) – com la relación de implicación entre 'acto' y 'efecto', interpretada por lo demás restrictivamente como relación entre 'ilícito' y 'sanción' [...].

previsto por elas, predispoem, como efeito do mesmo, a responsabilidade, ou seja, a expectativa de uma sanção [...]. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 107, grifo do autor, tradução nossa)¹¹¹.

E continua Ferrajoli ao explicar uma segunda relação normativa de implicação:

Mas, sobretudo, a relação de eficácia proporciona uma representação insuficiente da fenomenologia das regras. Existe, com efeito, uma segunda relação normativa de implicação ignorada por Kelsen, mas não menos importante: a que chamo de *atuabilidade* que é a relação na qual o antecedente é a situação jurídica produzida como efeito de um ato em virtude da relação de eficácia, enquanto que o consequente é o ato que é atuação da mesma [...]. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 107-108, grifo do autor, tradução nossa)¹¹².

¹¹¹ No original: [...] esta es la única relación de <<deber ser>> - <<si A, entonces (debe ser) B>>, donde A es el acto y B la sanción – identificada por Kelsen como la forma elemental de la fenomenología normativa. Pues bien, esta relación es, a mi parecer, inadecuada e insuficiente para dar cuenta de todas las reglas deónticas. Es inadecuada porque la dimensión deóntica, es decir, el <<deber ser>> (el Sollen), reside no ya en el nexo de implicación, que es un nexo lógico veritativo-funcional, sino en las situaciones jurídicas, esto es, en las figuras deónticas que *son* (y no ya deben ser) efecto del acto: el nexo <<A→B>>, en otras palabras, no se da entre dos actos, pues no tiene sentido la implicación de un acto por parte de outro acto, sino entre el acto – por ejemplo un ilícito, pero también um acto negocial, o jurisdiccional, o legislativo – y la figura deóntica que es efecto del mismo, como por ejemplo la responsabilidad, de la que sanción es actuación, o bien los derechos o poderes o deberes producidos por los actos preceptivos de los que son actuación los correspondientes actos de ejercicio o de cumplimiento o incumplimiento. Es de esta forma como se articulan las reglas que predisponen la eficacia de los actos hipotizados por ellas y que he llamado, por ello, *reglas (y normas) hipotético-deónticas*: como, por ejemplo, las reglas penales, las cuales, en la hipótesis del delito previsto por ellas, predisponen, como efecto del mismo, la responsabilidad, o sea, la expectatia de una sanción [...].

¹¹² No original: Pero, sobre todo, la relación de eficacia proporciona uma representación insuficiente de la fenomenologia de las reglas. Existe, em

Aqui também devemos realizar um interregno para que sejam explicitadas e conceituadas outras categorias jurídicas construídas pelo garantismo a fim de que seja entendida a relação normativa de implicação denominada de *atuabilidade*¹¹³. Referimos-nos especificamente às definições de *causa*, de *ato* e de *situação jurídica*, às quais nos deteremos a seguir, para depois retomarmos à análise da *atuabilidade* como relação de implicação normativa.

Ferrajoli define *causa* a partir de um postulado que se compõe de três teses. O postulado diz que: "*Toda causa é um comportamento que, se não é constituinte, está previsto por uma regra que, por sua vez, tem uma causa e que dispõe ou predispõe sua modalidade e aquilo do que é causa*" (FERRAJOLI, 2011b, p. 249, grifo do autor, tradução nossa)¹¹⁴. As teses de que é composto este postulado são estabelecidas da seguinte forma: 1ª) toda causa é um comportamento que, como tal, é realizado por sujeitos como atuação de modalidades e/ou de expectativas; 2ª) toda causa, à exceção da constituinte, está submetida a regras que predispõe seus efeitos; 3ª) dada uma causa não constituinte, existe não somente algo que é sua regra e predispõe seus efeitos, como também outra causa (de grau superior) de que a dita regra é efeito. (FERRAJOLI, 2011b, p. 249-250).

E, portanto, se *causa* é um comportamento previsto por uma regra a qual, por sua vez, tem uma *causa* e dispõe ou predispõe sua modalidade (efeito) e também aquilo do que é causa, somente podemos concluir, como faz Ferrajoli, que *causa* se confunde como o próprio *ato jurídico* produtor de *efeitos* jurídicos se configurando como o termo chave na teoria garantista (FERRAJOLI, 2011b, p. 251-256). Entretanto,

efecto, una segunda relación normativa de implicación, ignorada por Kelsen pero no menos importante: la que he llamado *actuabilidad* y que es la relación em la cual el antecedente es la situación jurídica producida como efecto de um acto em virtud de la relación de eficacia, mientras que el consecuente es el acto que es actuación de la misma [...].

¹¹³ A tradução da edição espanhola trás o termo *actuabiliad* traduzido a partir da palavra *attuabilità* da versão original no idioma em italiano (FERRAJOLI, 2011b, p. 59). A terminologia deriva da palavra italiana *attuazione*, que em português significa atuação, realização, execução ou concretização. Optamos por realizar uma tradução para o idioma português (*atuabilidade*) que, apesar de não ser uma palavra de uso corrente, apresenta grafia técnica que mantém fidelidade à origem do termo em italiano.

¹¹⁴ No original: "*Toda causa es un comportamiento que, si no es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello de lo que es causa.*"

deve ficar esclarecido que o conceito de *ato jurídico* na teoria garantista não pode ser confundido com o mesmo conceito de *ato jurídico* que tem sido ordinariamente construído em teses penalistas civilistas ou administrativistas de forma independente uma das outras¹¹⁵. Ferrajoli define *ato jurídico* como qualquer comportamento que seja *causa* ao menos de um *efeito jurídico* (FERRAJOLI, 2011b, p. 256). E entende isto como a consequência mais importante e inovadora desta definição ao argumentar que:

[...] dela se deriva que o 'ato' é sinônimo de 'causa'. Com efeito, dado que todas as causas consistem em comportamentos e que, por outro lado, o contexto de 'causa' é equivalente ao de 'efeito', nossa definição pode simplificar-se na tese, de importância fundamental para o desenvolvimento desta teoria, segundo a qual 'ato' é qualquer causa de efeitos ou, dito de maneira ainda mais simples, é tudo que é uma causa, ou tudo de que algo é um efeito. Por tanto também os atos, como as causas, se não são constituintes, de submetem ao princípio da legalidade, é dizer, são disciplinados por regras e correspondem aos <<tipos>> que estas predeterminam em abstrato. (FERRAJOLI, 2011b, p. 256, grifo do autor, tradução nossa)¹¹⁶.

¹¹⁵ Conforme expõe Ferrajoli: "Em los usos consolidados la noción de 'acto jurídico' no corresponde a um concepto elaborado autónomamente, sino que es más bien una figura genérica resultante de la suma de varias construcciones doctrinales que se han desarrollado las unas con independencia de las otras: la teoría del negocio jurídico, la teoría del delito, las diferentes teorías de las resoluciones públicas." (FERRAJOLI, 2011b, p. 256, grifo do autor).

¹¹⁶ No original: [...] de ella se deriva que 'acto' es sinónimo de 'causa'. Em efecto, dado que todas las causas consisten en comportamientos y que, por outro lado, el contexto de 'causa' es equivalente al de 'efecto', nuestra definición puede simplificarse en la tesis, de importancia fundamental para el desarrollo de esta teoría, según la cual 'acto' es cualquier causa de efectos o, dicho de manera aún más sencilla, es todo aquello que es una causa, o todo aquello de lo que algo es um efecto. Por tanto también los actos, como las causas, si no son constituyentes, se someten al principio de legalidad, es decir, son disciplinados por reglas y corresponden a los <<tipos>> que estas predeterminan en abstracto.

Delineada a concepção garantista sobre *causa* e *ato* passamos agora à verificação do conceito de *situação* ou *situação jurídica*. Para Ferrajoli, *situação* é toda modalidade ou também toda expectativa positiva ou negativa de um *ato* jurídico (FERRAJOLI, 2011b, p. 287). E, a partir de definições anteriormente esclarecidas, podemos também definir que, a *situação* é decorrente de um *ato* disciplinado em uma regra que, como *causa*, produz efeitos constituindo-se em uma figura deôntica associada a um dado comportamento comissivo ou omissivo, bem como a *faculdade*, *proibição* e *obrigação* definíveis a partir deles, ou ainda, a *expectativas* de realização de um outro *ato* (*atuação*) por meio da ação ou omissão decorrentes das faculdades, proibições e obrigações correspondentes.

Explicitadas e conceituadas as categorias jurídicas do *garantismo*, *causa*, *ato* e *situação jurídica* retomamos agora a explanação sobre a relação normativa de implicação denominada de *atuabilidade* que, conforme já observado, é a relação na qual o *antecedente* é a *situação jurídica* produzida como efeito de um *ato* - em virtude da relação de eficácia¹¹⁷-, enquanto que o *consequente* é o ato que é atuação da própria *situação jurídica*. Sendo que " 'atuável' é a *situação na qual a regra que a prevê conecta um ato como possível atuação* (FERRAJOLI, 2011b, p. 306, grifo do autor, tradução nossa)¹¹⁸. Ferrajoli exemplifica estes conceitos da seguinte forma

[...] por exemplo, dado um direito subjetivo, é dizer, uma expectativa e/ou uma faculdade, ou ainda uma obrigação ou uma proibição, então é possível sua atuação, é dizer, o exercício ou o cumprimento ou a violação. É esta a forma pela qual, quando as situações dispostas são de caráter abstrato ou geral, se expressam as que chamamos de *regras (e normas) téticas*: como os letrados <<proibido fumar>>, <<fechem a porta>>, ou a norma constitucional sobre a liberdade de imprensa, que tem por objeto comportamentos previstos abstratamente e se dirigem a classes

¹¹⁷ Como capacidade de um ato produzir seus efeitos (FERRAJOLI, 2011b, p. 268).

¹¹⁸ No original: 'Actuable' es la situación a la cual la regla que la prevé conecta un acto como posible actuación.

genéricas de sujeitos. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 108, grifo do autor, tradução nossa)¹¹⁹.

Dada uma expectativa que é uma *situação jurídica* produzida como efeito de um *ato* - que também deve ser entendido como *causa* desta mesma *situação jurídica* -, é possível sua *atuação*, o que quer dizer, o seu cumprimento ou sua violação. Diferentemente do que ocorre na relação de *eficácia* (ou de *causalidade jurídica*), onde a dimensão deôntica, ou seja, o *dever ser* reside no nexo de implicação entre *ato* e *efeito* - teorizada restritivamente por Kelsen como relação entre ilícito e sanção - na relação de *atuabilidade* a dimensão deôntica (*dever ser*) reside nas *situações jurídicas* como figuras deônticas que são - e já não devem ser - efeito do ato (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 107). Conforme ainda explica Ferrajoli (2011b)

[...] a eficácia é totalmente independente da efetividade (dos efeitos), a partir do que representa, no entanto, o pressuposto. A eficácia não se refere aos *efeitos jurídicos do fato* [...] mas aos *efeitos jurídicos do direito*, que se produzem com o ato que é sua causa, independentemente da comissão ou omissão de outros atos. Em outras palavras, se refere aos efeitos que - se tratem de obrigações, direitos, status ou expectativas de sanções - se produzem sempre, não por uma relação de <<dever ser>> ou de <<pode ser>> como no célebre nexo de normatividade kelseniana, mas por uma relação de <<ser>>, prescindindo, quando se trate de modalidades ou expectativas, da (possível) realização em concreto dos atos que, por sua vez, são suas atuações (como o cumprimento da obrigação, o exercício

¹¹⁹ No original: [...] por ejemplo, dado un derecho subjetivo, es decir, una expectativa y/o una facultad, o bien una obligación o una prohibición, entonces es posible su actuación, es decir, el ejercicio o el cumplimiento o la violación. Es esta la forma en la que, cuando las situaciones dispuestas son de carácter abstracto o general, se expresan las que he llamado *reglas (y normas) téticas*: como los letreros <<prohibido fumar>>, <<cierren la puerta>>, o la norma constitucional sobre la libertad de prensa, que tienen por objeto comportamientos previstos abstractamente y se dirigen a clases generales de sujetos.

do direito ou a aplicação da sanção). (FERRAJOLI, 2011b, p. 268, grifo do autor, tradução nossa)¹²⁰.

Utilizando um exemplo de Ferrajoli (2011b, p. 268) verifica-se que a celebração de um contrato de compra e venda produz uma transmissão de propriedade onde temos que a assinatura do contrato é um *ato*, que é também causa do efeito transmissão de propriedade. Entretanto, isso não diz nada quanto ao que ocorrerá depois, como por exemplo, o não pagamento, a não entrega do bem ou a não realização de outras formalidades necessárias à efetividade do *ato*. A transmissão de propriedade produz um efeito, o qual *é* (e já não *deve ser*) uma *situação jurídica*, que é uma obrigação e expectativa de sanção pela sua não realização. A responsabilização contratual, de que a sanção é a *atuação*, ou direitos ou poderes ou deveres produzidos por atos precedentes não indica um *dever ser* e sim um *ser* que é uma *situação jurídica*.

No exemplo acima a *situação jurídica*, derivada da celebração do contrato, encontra-se predisposta em uma regra prescritiva *hipotético-deôntica*, como efeito do ato hipoteticamente previsto, e contempla hipóteses como a sanção possível em caso de não haver a entrega do bem ou a realização de outras formalidades necessárias à efetividade do ato. Sua realização depende de uma *atuação* que é *consequência* na relação normativa estabelecida com a *situação jurídica* a qual é o *antecedente* (pressuposto de fato ou de direito). Entretanto, os dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais, que apresentam caráter abstrato, geral e com relativo grau de indeterminação são normas *tético-deônticas*, imediatamente prescritivas, cujas situações jurídicas não estão pré-dispostas, e sim dispostas como figuras deônticas

¹²⁰ No original: [...] la eficacia es totalmente independiente de la efectividad (de los efectos), de los que representa sin embargo el presupuesto. La eficacia se refiere no a los *efectos jurídicos de hecho* [...] sino a los *efectos jurídicos de derecho*, que se producen con el acto que es su causa, independientemente de la comisión u omisión de otros atos. Em outras palavras, se refiere a los efectos que – ya se trate de obligaciones, derechos, estatus o expectativas de sanciones – se producen siempre, no por una relación de << deber ser>> (o de << pode ser>>) como en el célebre nexo de la normatividad kelseniana, sino por una relación de << ser>>, prescindiendo, cuando se trate de modalidades o expectativas, de la (posible) realización em concreto de los actos que a su vez son sus actuaciones (como el cumplimiento de la obligación, el ejercicio del derecho o la aplicación de la sanción).

associada a expectativas negativas e positivas. Conforme explica Ferrajoli

Neste sentido, são normas téticas todos os direitos fundamentais, por causa de seu caráter universal, é dizer, geral e abstrato: desde os direitos de liberdade, atuados pelo seu exercício e garantidos pela proibição de lesão aos mesmos, até os direitos sociais, atuados por meio de sua satisfação e garantidos pela obrigação de prestações correspondentes. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 108, tradução nossa)¹²¹.

Esta concepção teórica, de que os direitos individuais e sociais são normas imediatamente prescritivas e dispõem uma figura deôntica associada a expectativas negativas e positivas é ponto fundamental para o reconhecimento de aplicabilidade imediata das normas de direitos individuais e sociais. Podemos exemplificar isto por meio da compreensão de que o preceito constitucional que prescreve que a saúde é um direito fundamental de todas as pessoas. Esta norma constitucional produz imediatamente uma prescrição a qual *é* (e já *não deve ser*) uma *situação jurídica* que é uma obrigação de *atuação* dirigida a alguém e expectativa de efetivo exercício do direito por outro alguém.

Segue-se a isto que, abandonando a concepção do *juspositivismo normativista*, de imperatividade da relação normativa alicerçada em uma teorização restritiva de *causalidade jurídica* - como causa e efeito, na qual a sanção é elemento primordial que atua como garantia de realização do conteúdo prescrito - Ferrajoli entende que o comando deôntico existe mesmo onde não estão estabelecidas garantias sancionatórias de efetivação do direito, e nos induz a entender que a violação das normas constitucionais de direitos sociais que dependam de uma atuação para a efetividade de seu conteúdo prescritivo, não podem ser somente identificadas como sendo preceitos constitucionais por meio dos quais é determinado o conteúdo das leis de forma negativa - quando podem ser anuladas – conforme restritivamente é possibilitado por

¹²¹ No original: En este sentido, son normas téticas todos los derechos fundamentales, a causa de su carácter universal, es decir, general y abstracto: desde los derechos de libertad, actuados por su ejercicio y garantizados por la prohibición de lesión de los mismos, hasta los derechos sociales, actuados por su satisfacción y garantizados por la obligación de las prestaciones correspondientes.

Kelsen em sua teoria sobre a jurisdição constitucional. Isto porque, a percepção teórica da existência de uma relação normativa de *atuabilidade* - em que a expectativa da realização de uma atuação que efetive o exercício de um direito prescrito de forma abstrata, geral, relativamente indeterminada (*norma tética*), e muitas vezes destituída de garantias, como *situação jurídica* decorrente de um *ato jurídico* (*causa jurídica*) em virtude da relação de eficácia (produção de efeitos jurídicos) dos *atos jurídicos* - possibilita o reconhecimento de uma dimensão deôntica de todos os direitos sociais por levar ao entendimento de que se um indivíduo ou grupo de indivíduos é imputada uma expectativa na realização de um direito, imediatamente a outro ou outros é imputada uma obrigação correspondente que, se não for realizada, constitui em mora aquele a quem se dirige a obrigação, configurando-se, portanto, a existência de uma inconstitucionalidade por omissão.

O exposto demonstra que o *garantismo* – diferentemente do *juspositivismo normativista* – age no sentido de estabelecer um tratamento jurídico igualitário entre direitos individuais e direitos sociais. Acaba por possibilitar o enquadramento de todas as constituições que incorporam os direitos sociais como fundamentais, na segunda fase da concepção social de Estado, delineada anteriormente. Isto acontece mesmo que não esteja previsto expressamente no texto constitucional que as normas que criam estes direitos têm aplicabilidade imediata. Ou seja, mesmo que não esteja previsto expressamente no texto constitucional que, assim como os direitos individuais, os direitos sociais têm aplicabilidade imediata, esta igualdade na aplicabilidade decorre da aplicação da teoria jurídica garantista.

3.3.2 O Garantismo Frente ao Principialismo

Conforme já observamos, não existe uma teorização única que possa identificar o *principialismo* e que a unidade no conceito desta terminologia pode ser encontrada essencialmente na vinculação entre direito e moral decorrente de uma axiologização do direito ou, ainda, conforme propõe Pozzolo, como um movimento de características ideológicas no âmbito jurídico. Mas existem ainda outras características das teses representativas do *principialismo* que não lhes sendo determinantes no que as une, ora as aproximam, ora as diferenciam.

Especificamente quanto à colização entre *diretrizes*, em Dworkin, Alexy e em Manero e Atienza, verificamos que um aspecto de harmonia existente entre suas concepções teóricas está na possibilidade de

derrogação ou afastamento destes comandos. Por sua vez, a diferença pode ser encontrada no fato de que para o Dworkin isto se faz por meio da atribuição de maior peso a uma delas, enquanto que para os demais esta ponderação deve ser realizada por meio de uma otimização que as realize no maior grau possível mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios, resultanto que a derrogação poderá não ser total, mas parcial. Já, quanto aos direitos fundamentais, somente Alexy propõe que sejam entendidos como mandamentos de otimização com a utilização do princípio da proporcionalidade, enquanto que para Atienza e Manero a derrogação deve ser total. Mas, ainda neste aspecto, mesmo sob o entendimento que lhes é comum - de que os princípios são ou não são aplicados - Atienza e Manero se distanciam de Dworkin em virtude de que o comando deôntico que os autores espanhóis conferem aos *princípios em sentido estrito* - nos quais se incluem os direitos fundamentais - deriva de uma aproximação às teses *juspositivistas*, enquanto que o entendimento do professor estadunidense se apegava exclusivamente a exercícios de raciocínios morais.

Mas, em que pese a existência de divergências no âmbito do *principalismo*, pretendemos realizar uma confrontação entre este campo teórico e o *garantismo*, sob o entendimento de que os elementos que são comuns às teses principialistas são suficientes para que se unifiquem em um mesmo campo teórico. E ainda, neste exercício, em virtude da existência da já declarada tentativa de aproximação feita a partir do *principalismo* em direção à teoria analítica influenciadora do *juspositivismo*, fazemos uma opção por privilegiar uma interlocução entre o *garantismo* e o *principalismo* com enfoque na proposta teórica de Atienza e Manero. Justificamos esta opção sob o entendimento de que, a constatação de um desacordo entre ambas as teorias, fatalmente evidenciaria também, de forma ampla, um desacordo entre o *garantismo* e as demais vertentes do *principalismo*. Assim, nesta linha - que não contrapõe de forma incontornável o *juspositivismo* às teorias de sentido ético ou moral -, procuramos analisar o que pode haver de divergente e convergente e entre o *garantismo* e o *principalismo*, a partir dos próprios esforços realizados de um lado por Luigi Ferrajoli, e de outro por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero.

Objetamos que a tentativa de tentar encontrar o que pode ser convergente, além do divergente, entre um modelo constitucionalista juspositivista - como é o *garantismo* de Ferrajoli - e um modelo constitucionalista principialista que se encontra nos marcos de uma ética

congnoquista e objetivista – como propõe Atienza e Manero - não pode ser entendida como uma ideia excêntrica que, deslocada da realidade, procura conciliar aquilo que não é possível conciliar. O debate estabelecido por Luigi Ferrajoli e Juan Ruiz Manero e publicado com o nome "Dos Modelos de Constitucionalismo: una conversación" (FERRAJOLI; MANERO, 2012), deixa claro que adeptos de concepções políticas comuns ou próximas, que usam ferramentas jurídico-teóricas distintas, se incomodam a ponto de tentar buscar pontos conciliáveis em suas teorias na expectativa de que este exercício sirva de auxílio na realização das perspectivas destas concepções políticas¹²² as quais fatalmente carregam o elemento ideológico. Entretanto, conforme se verá, neste exercício argumentativo, realizado pelo professor italiano e pelo professor espanhol, é possível entender que – em que pese existam concordâncias - existem pontos inconciliáveis entre ambas as teorias, dos quais destacamos quatro que consideramos mais relevantes e que incidem na percepção quanto às possibilidades de realização do *comando político-jurídico* das constituições.

O primeiro ponto de divergência é relativo à caracterização dos direitos fundamentais e das *diretrizes* constitucionais; o segundo refere-se à compatibilidade entre direitos fundamentais; o terceiro é relativo ao método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e das *diretrizes* constitucionais; e por fim o quarto apresenta a divergência de base política que determina a defesa de diferentes teses normativas.

¹²² Este entendimento pode ser retirado das seguintes palavras de Juan Ruiz Manero: "Creio, desde logo, como você, que os desacordos que, nesta ordem de coisas, vale a pena discutir não são tanto – ainda que também – os que afetam nossas descrições do que existe em nossas constituições como, sobre tudo, o que se refere a nossas atitudes em relação a isto. E, a este respeito, creio que entre nós existem diferenças que são mais de acento que de outra coisa. Mas creio também – e me parece que você concordará – que existe uma diferença importante, no tratamento dos desacordos, entre a discussão política, imediatamente orientada para a ação, e a discussão teórica, na qual, embora verse sobre propostas normativas, o avanço em nossa compreensão das coisas – incluídas estas mesmas propostas – é o valor predominante. Quero dizer que se você e eu fossemos políticos tratando de traçar as bases de uma ação conjunta, provavelmente faríamos bem em, depois de constatar que nossas convergências são muito mais importantes que nossas divergências, deixar estas de lado para empreender a elaboração – na qual provavelmente não se apresentaria nenhum desacordo importante – de, digamos, um programa comum. (FERRAJOLI; MANERO 2012, p. 86, tradução nossa).

3.3.2.1 O caráter deôntico dos direitos fundamentais e diretrizes

Para o *garantismo* - conforme já visto – os direitos fundamentais apresentam-se sob um caráter formal, aceitando como fundamentais os direitos positivados e descritos na Constituição. Enquanto que o *principialismo*, ao aproximar o direito da ética e da moral, converge às teses do *jusnaturalismo* e possibilita uma abertura que concebe direitos não positivados, ao mesmo tempo em que relativiza o conteúdo dos direitos que se encontram positivados na Constituição. Desta divergência inconciliável decorre outra que está na caracterização deôntica das normas de direitos fundamentais e também nas normas que estabelecem as *diretrizes* constitucionais.

A maior parte dos direitos fundamentais, e também as *diretrizes* - que são apresentados como elementos do *comando político-jurídico* das constituições - apresentam grau de abstração e generalidade diferente de outras normas que apresentam conteúdo prescritivo mais delimitado. Isto possibilita que as teses que realizam a distinção entre princípios e regras e utilizam o método de ponderação, tenham nos direitos fundamentais e nas *diretrizes* o campo fértil para sua aplicação. Por sua vez, o *garantismo* não deixa de reconhecer a diferença de densidade existente entre estas normas, mas realiza um exercício de interpretação e aplicação normativa que nega a possibilidade de se realizar a ponderação ou qualquer outro tipo de derrogação dos direitos ou comandos descritos nestas normas.

As contraposições expostas acima têm sua raiz no conceito de direitos fundamentais e *diretrizes*, bem como na caracterização do conteúdo deôntico expressadas pelas duas concepções teóricas. Isto será demonstrado por meio da análise da contraposição argumentativa de Ferrajoli de um lado e Manero e Atienza de outro, como respectivos representantes do *garantismo* e do *principialismo*. Entretanto, durante este exercício, recorreremos ao embasamento teórico das propostas de Dworkin e Alexy, que influenciam os autores espanhóis. E a fim de evitar imprecisões, é importante sempre se atentar à terminologia empregada pelas duas concepções quando tratam de *direitos fundamentais* e de *diretrizes*.

Trilhando um caminho, que tem por objetivo preservar o caráter deôntico de todas as normas e também do discurso jurídico, Ferrajoli realiza uma classificação normativa que distingue o que denomina de *regras*, *princípios regulativos* e *princípios diretivos*. Sobre o que são regras não há divergência entre a teoria garantista e as teorias

principalistas, inclusive terminológica. E o que Atienza e Manero denominam de *diretrizes* ou *normas programáticas*, Ferrajoli denomina de *princípios diretivos*. Aquilo que para os professores espanhóis seria *princípio em sentido estrito*, para professor italiano é *princípio regulativo*. Mas, como se verá, convergências e divergências importantes, não são encontradas na terminologia empregada, mas de entendimento sobre o direito.

Conforme já foi exposto anteriormente, Manero e Atienza fazem uma distinção entre *regras* e *princípios em sentido estrito*, sob o entendimento de que as *regras* e os *princípios em sentido estrito* podem ser formulados como enunciados que correlacionam casos com a qualificação normativa de uma determinada conduta, mas os diferenciam pelo motivo de que os *princípios em sentido estrito* o fazem de forma aberta, enquanto que *regras* o fazem de forma fechada. Esta teoria permite que normas de direitos fundamentais sejam apresentadas na Constituição tanto em forma de *regras* como em forma de *princípios em sentido estrito*. Em caso de colisões destes dois tipos normativos, rejeitam a aplicação do princípio da proporcionalidade não somente para as *regras*, mas também para os *princípios em sentido estrito*. Especificamente, em relação ao *princípio em sentido estrito* entendem que um princípio pode ser deslocado por outro, quando apresenta menor peso. Isto deriva tanto do entendimento de que o comando deôntico existente no *princípio em sentido estrito* impede que possam ser cumpridos em diversos graus, quanto do entendimento de que a relação de *causalidade jurídica* é inaplicável aos *princípios em sentido estrito* em face do grau de indeterminação e generalidade do antecedente destes.

Também, conforme já visto, quando Atienza e Manero tratam do que denominam *diretrizes* ou *normas programáticas* - diferentemente dos *princípios em sentido estrito* - entendem que estas não configuram de forma aberta somente suas condições de aplicação, mas também o modo de conduta prescrito. Atribuem às *diretrizes* somente valores utilitários que estão limitados negativamente por valores finais que estão expressos no que denominam *princípios em sentido estrito*. E por estes motivos também não haveria como realizar a prevalência de uma *diretriz* sobre a outra quando em colisão, restando somente a articulação de políticas capazes de otimizá-las em graus distintos, sendo então apresentada pelos autores a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade na forma proposta por Alexy. E assim, também um princípio em sentido estrito poderia prevalecer sobre uma *diretriz*.

Contrariando esta compreensão, é possível identificar duas objeções de Ferrajoli (2011b) ao *princípioalismo*, que são comuns ao tratamento dado aos *princípios diretivos* (*diretrizes*) e aos *princípios regulativos* (*princípios em sentido estrito*). A primeira relativa à função exercida pela jurisdição, a segunda relativa ao caráter dogmático e vinculativo de regras ou princípios que apresenta reflexos na contrariedade que expõe relacionada ao método ponderativo de interpretação e de aplicação do direito nas suas duas formas, ou seja, pela total revogação ou por meio da otimização em graus distintos.

Ferrajoli não concorda que qualquer norma, mesmo que caracterizada como princípio devido à sua generalidade, possa ser derogada, total ou parcialmente pelo Judiciário. Entendendo que toda a jurisdição é essencialmente *aplicação* e que consiste em denotar o que é constatado por ela com o *suposto fático* previsto na norma aplicada, contrapõe-se inicialmente à própria distinção entre princípios e regras formulada por Ronald Dworkin por meio do postulado de que os princípios devem ser respeitados¹²³, enquanto que as regras devem ser aplicadas. Entendendo que este postulado tem limitado alcance, Ferrajoli justifica sua contrariedade remetendo a uma exemplificação:

[...] se clarifica deste modo o bem limitado alcance da distinção entre <<princípios>> e <<regras>> proposta por Ronald Dworkin e expressada na tese de que os princípios se respeitam enquanto que as regras, sejam formais ou substantivas, se aplicam. As regras, como são tipicamente as normas penais, quando são observadas não são aplicadas, mas simplesmente respeitadas. E os princípios, por exemplo, os constitucionais, quando pelo contrário são violados, se manifestam como regras, *aplicáveis* judicialmente, como normas substantivas que pressupõe <<suposições de fato proibidas>>, para as decisões inválidas que constituem sua violação.

¹²³ Conforme explicita Dworkin: "Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa outra direção. (DWORKIN, 2002, p. 42).

(FERRAJOLI, 2011b, p. 532-533, grifo do autor, tradução nossa)¹²⁴.

Com relação à ponderação, Ferrajoli somente aceita a realização daquela que é requerida pela interpretação sistemática (FERRAJOLI, 2011b, p. 533)¹²⁵. Compreende que conceber uma contraposição entre regras e princípios sob o entendimento de que as primeiras são aplicáveis e os segundos somente são respeitáveis, em virtude da realização de uma ponderação, corre o risco de obscurecer e debilitar o valor vinculante dos princípios (FERRAJOLI, 2011b, p. 533). Debilitação esta que também se apresenta quando se propõe que a forma de aplicação das regras é a subsunção, a dos princípios é a ponderação. Conforme esclarece

A este debilitamento da força vinculante dos princípios têm contribuído, em minha opinião, a distinção e às vezes a contraposição estabelecidas entre a <<subsunção>> que se atribui às regras, e a <<ponderação>> ou o <<balanceamento>> que se predica aos princípios, bem como a ideia de que a ponderação supõe sempre uma opção baseada em juízos subjetivos de valor [...]. (FERRAJOLI, 2011b, p. 554, grifo do autor, tradução nossa).¹²⁶

¹²⁴ No original: las reglas, como son típicamente las normas penales, cuando son observadas no son aplicadas sino simplemente respetadas. Y los principios, por ejemplo los constitucionales, cuando por el contrario son violados, se manifiestan como reglas, *aplicables* judicialmente, como normas sustantivas que prefiguran <<supuestos de hecho prohibidos>>, a las decisiones inválidas que constituyen su violación.

¹²⁵ No Brasil, Juarez Freitas propõe uma hierarquização axiológica de princípios para resolver as colisões que Alexy resolve com a ponderação. Entende ser imperativo "[...] efetuar a clarificação conceitual do que sejam normas e valores, diferenciando-se estas e aquelas dos princípios. Não se opera tal distinção apenas pela objetividade e presencialidade normativa do princípio, independentemente de regulamentação, mas de uma diferença substancial de grau hierárquico, vez que a própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade do direito à igualdade e à vida". (FREITAS, 2002, p. 204.)

¹²⁶ No original: A este debilitamiento de la fuerza finculante de los principios han contribuido, em mi opinión, la distinción y a veces la contraposición establecidas entre la <<subsunción>> que se atribuye a las reglas, y la

O posicionamento de Ferrajoli vai de encontro ao pensamento Habermas, já comentado, o qual também reconhece o debilitamento dos princípios na aplicação do método ponderativo quando ocorrem colisões sob o argumento de que, por meio da ponderação, variadas razões assumem o caráter de colocação de objetivos ruindo a compreensão deontológica do discurso jurídico. Esta situação que se torna mais grave se os princípios tiverem característica constitucional (FERRAJOLI, 2011b, p. 533), o que equivaleria a inverter a hierarquia das fontes tornando inútil a rigidez das constituições (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 99). Nessa linha – contrária à ponderação –, o *garantismo* se opõe tanto à ideia de que um *princípio regulativo* (*princípio em sentido estrito*) possa deixar de ser aplicado em virtude de maior peso que seja conferido a outro princípio ou a uma *regra*, quanto à ideia de que um *princípio diretivo* (*diretriz*) possa deixar de ser aplicado em virtude de maior peso que seja conferido a outro *princípio diretivo* ou a um *princípio regulativo*, mesmo que por meio de graduação que não realize uma total derrogação.

Conforme já observado, na teoria garantista os dispositivos constitucionais, que apresentam caráter abstrato, geral e com relativo grau de indeterminação são regras *tético-deônticas*, imediatamente prescritivas. E é por este motivo que o denominado *princípio em sentido estrito* por Atienza e Manero recebe do *garantismo* a denominação de *princípio regulativo*, ou seja, porque é entendido como regra tético-deôntica e com caráter vinculante. Conforme explica Ferrajoli:

Precisamente, os princípios regulativos que enunciam direitos fundamentais conferem a todos e a cada um, situações jurídicas, é dizer, <<direitos subjetivos>>, consistentes em expectativas, às vezes unidas a faculdades, às quais correspondem proibições de lesão ou obrigações de prestação, é dizer, o que chamo de <<garantias>>, a cargo da esfera pública. Se comportam, em síntese, como todas as regras, é dizer, como normas vinculantes. (FERRAJOLI;

<<ponderación>> o el <<balanceamiento>> que se predica de los principios, así como la idea de que la ponderación supone siempre una opción basada en juicios subjetivos de valor [...].

MANERO, 2012, p. 93, grifo do autor, tradução nossa).¹²⁷

A vinculação percebida por Ferrajoli é possibilitada pela relação de *atuabilidade* estabelecida a partir das normas de direitos fundamentais das quais emanam *situações jurídicas* dispostas e imediatamente prescritivas como figuras deônticas associadas a expectativas negativas e positivas. Os autores espanhóis claramente desconsideram a relação de *atuabilidade* proposta pelo *garantismo* aplicável a estes princípios. Reconhecendo somente a relação de *causalidade jurídica*, não enxergam outra saída à indeterminação ou generalidade do antecedente, do que a aplicação do método de ponderação. No debate estabelecido com Manero, Ferrajoli esclarece que:

Ao meu parecer, sua caracterização das regras sobre a base do fato de que nelas, diferentemente do que se sucede com os princípios, está explicitado o antecedente, ou seja, o fato ou ato jurídico (o chamado suposto de fato) ao qual se conectam consequências jurídicas reflete somente uma das possibilidades instituídas por elas: a que chamo de relação de *eficacia* (ou de causalidade jurídica) de todos os atos [...] ¹²⁸ (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 106-107, grifo do autor, tradução nossa).

Isto fatalmente leva à inaceitabilidade teórica – nos marcos do *garantismo* - de que um direito fundamental, na qualidade de *princípio regulativo*, possa deixar de ser aplicado – mesmo que por ponderação -

¹²⁷ No original: Precisamente, los principios regulativos que enuncian derechos fundamentales confieren a todos y a cada uno situaciones jurídicas, es decir, <<derechos subjetivos>>, consistentes en expectativas, en ocasiones unidas a facultades, a las que corresponden prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, es decir, lo que he llamado <<garantías>>, a cargo de la esfera pública.

¹²⁸ No original: A mi parecer, tu caracterización de las reglas sobre la base del hecho de que em ellas, a diferencia de lo que sucede em los principios, está explicitado el antecedente, o sea, el hecho o acto jurídico (el llamado supuesto de hecho) al que se conectan consecuencias jurídicas, refleja solo una de las posibles relaciones instituidas por ellas: la que he llamado relación de *eficacia* (o de causalidad jurídica) de todos los actos [...]

em virtude de maior peso que seja conferido a outro princípio ou a uma regra, como é proposto por Atienza e Manero.

Quanto à compreensão dos teóricos espanhóis de que os *princípios diretivos* (*diretrizes*) somente contêm valores utilitários que estão limitados negativamente por valores finais que estão expressos nos *princípios regulativos* (*princípios em sentido estrito*). Ferrajoli se opõe a isto por ser um entendimento que trás embutida a ideia de que as razões últimas expressadas pelos *princípios regulativos* são mais fortes que as razões utilitárias expressadas pelos *princípios diretivos*, uma vez que podem ceder frente a razões últimas expressadas por outros *princípios regulativos*, mas não cedem frente às razões utilitárias expressadas por *princípios diretivos* (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 92). E sendo assim, seria decorrência lógica que as *diretrizes* do Estado (*princípios diretivos*) poderiam ser deslocadas para dar lugar a cumprimento de *princípios em sentido estrito* (*princípios regulativos*), situação esta que não é aceita pelo *garantismo*.

Entretanto, em que pese também não aceitar que os *princípios diretivos* possam ceder frente a razões expressadas por *princípios regulativos* por meio da aplicação da regra de ponderação, Ferrajoli não confere àqueles o mesmo grau de vinculação que confere a estes por entender que apresentam um valor deontico mais débil e por não darem vida a nenhuma situação jurídica. Sobre as *diretrizes* (*princípios diretivos*), diz o autor que "[...] ainda que fundamentais, estas não são regras porque não dispõem de nenhuma obrigação ou proibição determinada" (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 93). Este aspecto – que consideramos contraditório – é fundamental na compreensão sobre a possibilidade de utilização da teoria garantista na realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social, e sobre ele nos deteremos mais adiante, quando tratarmos da Constituição brasileira.

3.3.2.2 A (in)compatibilidade entre direitos fundamentais

Robert Alexy (1997) desenvolveu sua teoria sobre os Direitos Fundamentais sob o entendimento de que estes são princípios valorativos, incompatíveis ou conflituosos, pelo motivo de que sempre apresentam colisões, o que seria impeditivo para que pudessem ocupar o mesmo espaço em um mesmo momento, devendo sempre um deles ser gradualmente deslocado em razão da maior força do outro quando estiverem em colisão. E, como visto anteriormente, para Alexy princípios valorativos são *mandados de otimização* que podem ser

realizados em distintos graus. Para resolução do conflito propõe, lastreado na construção realizada pela jurisprudência do Tribunal Federal da Alemanha, a utilização da ponderação por meio do princípio (ou regra) da proporcionalidade.

O *garantismo* opõe-se à ideia de que existam colisões entre direitos fundamentais em abstrato e que, como se verá adiante, podem ser resolvidas racionalmente quando ocorrem em casos concretos. Ferrajoli apresenta uma definição formal, uma tipologia e também uma fundamentação ética dos direitos fundamentais que impede a existência de colisões entre direitos fundamentais. A partir de uma primeira distinção entre *direitos da pessoa* e *direitos do cidadão*¹²⁹ realiza uma segunda distinção entre direitos *primários* e *secundários* sob o seguinte entendimento:

[...] os direitos primários, tendo de ordinária por conteúdo necessidades ou interesses substanciais reconhecidos como vitais, são os que pertencem a todas as pessoas ou somente aos cidadãos em sua estrita condição como tais, com independência de sua capacidade de fazer: como o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos de liberdade, os direitos sociais à saúde, à subsistência, à educação e similares; os *direitos secundários*, tendo por conteúdo as atribuições de fazer, ou seja, os poderes de autodeterminação *instrumentais* para a consecução de fins confiados à autonomia privada ou política de seus titulares, são, ao contrário, os que correspondem às pessoas o aos cidadãos somente na medida em que tenham capacidade

¹²⁹ Esta distinção é realizada da seguinte forma: Pero vayamos al análisis de nuestras dos distinciones. La primera se refiere únicamente a los sujetos de los derechos fundamentales: los *derechos de la persona* son los que pertenecen a todas las personas naturales porque son personas naturales y nada más que por eso, como ocurre en todos los ordenamientos avanzados con el derecho a la vida o con los derechos de libertad, o bien porque gozan de capacidad de obrar y nada más que por eso, como el derecho a contratar, a contraer matrimonio o a actuar en juicio; los *derechos del ciudadano* en cambio son los que pertenecen a todos los ciudadanos porque son ciudadanos y sólo por serlo, con el derecho a permanecer y a circular libremente en el territorio del Estado, o bien porque ostentan además capacidad de obrar y sólo por eso, como el derecho de voto o el de acceder a cargos públicos. (FERRAJOLI, 2011b, p. 693, grifo do autor).

para fazer: como os direitos a contratar, a votar, atuar pessoalmente em juízo, ocupar cargos públicos e outros similares. (FERRAJOLI, 2011b, p. 693, grifo do autor, tradução nossa)¹³⁰.

No entrecruzamento entre direitos *primários*, *secundários*, *da pessoa e do cidadão* Ferrajoli entende os *direitos primários* das pessoas como direitos humanos e os *direitos primários* do cidadão como direitos públicos. Por sua vez, os *direitos secundários* das pessoas são os direitos civis e os *direitos secundários* do cidadão são os direitos políticos (FERRAJOLI, 2007, p. 294). Mas é na distinção entre direitos *primários* e *secundários* – a qual Ferrajoli considera mais importante (FERRAJOLI, 2007, p. 294) – que podemos encontrarmos claramente o motivo pelo qual não pode haver colisão entre direitos fundamentais quando utilizada a tipologia do *garantismo*.

Como se viu, Ferrajoli estabelece uma hierarquia normativa entre os direitos fundamentais na qual os *direitos primários* são os direitos individuais e os direitos sociais, enquanto que os *direitos secundários* são apresentados como direitos de autodeterminação, divididos em *direitos civis* e *direitos políticos*, em que – por sua vez – os direitos civis consistem em "[...] direitos de autonomia privada exercidos fundamentalmente por meio de atos negociais de disposição sobre direitos patrimoniais"¹³¹, ao passo que os direitos políticos consistem em "[...] direitos de autonomia política, exercida por meio de atos públicos

¹³⁰ No original: [...] los *derechos primarios*, teniendo de ordinario por contenido necesidades o intereses sustanciales reconocidos como vitales, son los que pertenecen a todas las personas o sólo a los ciudadanos en su estricta condición de tales, con independencia de su capacidad de obrar: como el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, los derechos sociales a la salud, a la subsistencia, a la educación y similares; los *derechos secundarios*, teniendo por contenido las potestades de hacer, o sea, los poderes de autodeterminación *instrumentales* para la consecución de fines confiados a la autonomía privada o política de sus titulares, son en cambio los que corresponden a las personas o a los ciudadanos sólo en la medida en que ostenten capacidad de obrar: como los derechos a contratar, votar, actuar personalmente en juicio, acceder a cargos públicos y otros similares.

¹³¹ No original: [...] derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales.

dos quais o voto é o mais característico"¹³² (FERRAJOLI, 2007, p. 294). Esta hierarquização também deriva do entendimento de que *direitos primários* são necessidades ou interesses vitais, enquanto que os *direitos secundários* (direitos civis e direitos políticos) são instrumentais, e consubstanciados como poderes, "[...] entendido o termo 'poder', não como a simples *facultas agendi* em que consistem os direitos ativos de liberdade (ou 'liberdade para'), mas como *potestas agendi*, quer dizer, como a faculdade de realizar atos jurídicos (voto, eleições, contrato, testamento e outros similares) que produzem efeitos na esfera jurídica dos demais"¹³³ (FERRAJOLI, 2007, p. 296) – (destaques do autor). *Direitos secundários* são direitos-poder, ou faculdades sobre as quais se fundam a representação política e a economia de mercado, os poderes públicos e privados, e dado que são direitos de autonomia que consistem em poderes jurídicos "[...] sua relação com os outros direitos fundamentais não é configurável como 'conflito', mas como sujeição à lei"¹³⁴ (FERRAJOLI, 2007, p. 353).

Ferrajoli também não concorda com a possibilidade de conflito entre *direitos primários*, os quais incluem direitos individuais e direitos sociais, mesmo com o fato de apresentarem o mesmo nível hierárquico. Os direitos sociais são direitos positivos aos quais correspondem, como garantias primárias denominadas de *vínculos fundamentais*, deveres absolutos positivos que consistem em obrigação de prestações, enquanto que os direitos individuais são entendidos como direitos negativos aos quais correspondem, como garantias primárias denominadas de *limites fundamentais*, deveres absolutos negativos que consistem em proibição de não lesão (FERRAJOLI, 2011b, p. 730)¹³⁵. Nesta concepção, os

¹³² No original: [...] derechos de autonomia política, ejercitados a través de actos públicos, de los que el voto es el más característico.

¹³³ No original: [...] entendido el término <<poder>>, no como la simple *facultas agendi* em que consisten los derechos activos de libertad (o <<libertad para>>), sino como *potestas agendi*, es decir, como la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones, contrato, testamento u otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás.

¹³⁴ No original: [...] su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como <<conflito>>, sino más bien como sujeción a la ley.

¹³⁵ Ferrajoli também pontua que estas distinções são analíticas, que não dizem sobre o conteúdo destes direitos. Conforme explica: "Así, llamamos, por ejemplo, <<sociales>> a los derechos a la salud o la educación, y <<de libertad>> a la libertad de prensa o reunión, en tanto que son expectativas positivas lo que prometen los primeros y negativas los segundos. Perlo ello no quita para que en el derecho a la salud se incluyan inmunidades (por ejemplo,

direitos sociais não têm seus limites em outros direitos fundamentais, mas "[...] somente nos custos de sua satisfação, financiados pela arrecadação fiscal que ocorre em prejuízo dos direitos patrimoniais" que não devem ser entendidos como direitos fundamentais, mas submetidos a estes, em virtude de diferença objetivas existentes entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais¹³⁶. Por sua vez, os direitos individuais, ou são direitos de imunidade e ilimitados, dado que sua garantia não interfere em outros direitos, como por exemplo, o direito à igualdade de tratamento, ou são direitos de liberdade que somente encontram limites em virtude da convivência com os direitos de liberdade dos demais (FERRAJOLI, 2007, p. 353-354). E aqui se verifica que Ferrajoli, de forma restrita, admite o conflito entre direitos de liberdade, ou seja, entre titulares direitos de liberdade, mas que entretanto, encontram solução em juízos de equidade conforme se verá a seguir.

frente a la contaminación) o para que em la libertad de reunión se incluyan también expectativas positivas (por ejemplo, al disfrute de um lugar público)". (FERRAJOLI, 2007, p. 299-300).

¹³⁶ Ferrajoli explica esta diferença sob três argumentos básicos: a) *Direitos fundamentais* são os direitos de liberdade, à vida, sociais, civis e políticos são *direitos universais*, pois pertencem a todos, são inclusivos, enquanto que *direitos patrimoniais* são o direito de propriedade e outros direitos reais e também direito ao crédito, e são *direitos singulares*, são exclusivos; b) *Direitos fundamentais* são indisponíveis, inderrogáveis e não estão dispostos no mercado, enquanto que os *direitos patrimoniais* são disponíveis, negociáveis, transigíveis; c) *Direitos fundamentais* são indisponíveis porque consistem em normas tético-deônticas, que não são alteráveis nem por serem exercidas nem por serem violadas, enquanto que *direitos patrimoniais* são disponíveis porque não são conferidos diretamente por normas, mas derivam de normas hipotético-deônticas que hipoteticamente os dispõem como efeito de atos por elas previstos (FERRAJOLI, 2011b, p. 719-720), de que são exemplo as normas do Código Civil sobre a formação de negócios ou modo de aquisição da propriedade (FERRAJOLI, 2011b, p. 406). E, portanto deve ficar claro que esta diferenciação entre *direitos fundamentais* e *direitos patrimoniais* não deve ser entendida como a identificação de que o direito de propriedade não possa ser entendido como um direito fundamental. Com efeito, não se pode confundir o direito de poder ser proprietário, que é justamente o que está identificado no inciso XXII do art. 5º da CF como direito indisponível, com o direito à uma determinada propriedade o qual deriva e é efeito dos atos previstos nas normas que hipoteticamente os dispõem e consubstancia-se como direito disponível.

3.3.2.3 Os espaços de discricionariedade dos direitos fundamentais e diretrizes

O debate estabelecido a décadas entre o *principalismo* e o *juspositivismo normativista*, acerca da análise quanto aos espaços de discricionariedade judicial que opõem diretamente concepções sobre a relação existente entre moral e direito, fatalmente se transfere a uma confrontação entre *principalismo* e *garantismo*.

Inicialmente, nesta controvérsia, temos que Dworkin se opôs à ideia do *juspositivismo normativista* de que os juizes têm um amplo leque de possibilidades dentro da moldura normativa, tornando-se livres para decidir casos difíceis lastreados em suas próprias convicções e seguindo seus próprios padrões (DWORKIN, 2002, p. 58). Porém, este *apontar de dedo* sempre poderá ser rebatido com a alegação de que, de outro lado, na compreensão do sistema jurídico como sendo expressão de normas morais objetivas não há garantias de que o juiz deixe de utilizar sua própria moral subjetiva nos julgamentos. Quanto a esta refutação, nas palavras de Sanchís temos o contraponto *juspositivista* de que:

[...] quanto maior seja a confiança em que as normas jurídicas são expressão de normas morais, ou que alguma moralidade objetiva vem em nosso auxílio nos casos difíceis, maior será a tentação de encobrir a discricionariedade e, com isso, ocultar a responsabilidade sobre a decisão, fazendo parecer como Direito (isto é, como decisão que não é sua) o que, no fundo, não deixa de ser uma – melhor ou pior – concepção moral de quem a sustenta. (SANCHÍS, 1999, p. 89, tradução nossa)¹³⁷.

Em que pese a importância deste debate, que pode se apresentar dialéticamente inconclusível, existem outros aspectos que apresentam o

¹³⁷ No original: [...] cuanto mayor sea la confianza en que las normas jurídicas son expresión de normas morales o en que alguna moralidad objetiva viene en nuestro auxilio en los casos difíciles, mayor será la tentación de encubrir la discrecionalidad y, con ello, de ocultar la responsabilidad sobre la decisión, haciendo aparecer como Derecho (esto es, como decisión ajena) lo que, en el fondo, no deja de ser una – mejor o peor – concepción moral de quien la sustenta.

mesmo ou maior grau de substância no exame relativo aos espaços de discricionarietà, especificamente quando se trata de direitos fundamentais e *diretrizes*.

Neste sentido, a favor do método ponderativo do *principalismo* poderia ser alegado que ele resolve problemas derivados da formulação de direitos em termos vagos e valorativos que levam a indeterminações, as quais não poderiam ser resolvidas pelo método da subsunção realizada pelo *garantismo*. Mas, a contraposição a este entendimento apresenta-se sob dois argumentos: o primeiro, no âmbito linguístico da teoria do direito; e o segundo, que revela a existência de uma divergência política e, portanto ideológica, entre o *principalismo* e o *garantismo*.

Assim, primeiramente argumenta-se que a indeterminação normativa encontra-se em toda a linguagem legal e não somente na linguagem constitucional. Ferrajoli exemplifica esta alegação demonstrando esta característica por meio de termos da legislação penal como os de *periculosidade social*, *enfermidade mental*, e também figuras como *injúria* ou *maus tratos familiares* ou circunstâncias como *legítima defesa* e *estado de necessidade* (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 82). Insurge-se, ainda, contra uma possível alegação de distinção entre termos deste tipo sob o seguinte explicação:

Não compreendo, com efeito, por que a valoração da invalidez de uma lei por violação do princípio constitucional de igualdade ou da liberdade de expressão (violações, repito, que transformam tais princípios em regras consistentes na proibição de discriminação e de lesão) nunca comporte uma discricionarietà judicial maior do que a requerida para a valoração de um fato como injurioso, ou de uma determinada circunstância como atenuante, agravante ou excludente (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 83-83, tradução nossa)¹³⁸.

¹³⁸ No original: No comprendo, em efecto, por qué la valoración de la invalidez de una ley por violación del principio constitucional de igualdad o del de libertad de expresión (violaciones, repito, que transforman tales principios em reglas consistentes en la prohibición de discriminación y em la de lesión) comporte nunca una discrecionalidad judicial mayor que la requerida para la

Nestes casos exemplificados, para Ferrajoli não se deve utilizar qualquer tipo de método ponderativo proposto pelo *principalismo*, mas simples juízos de equidade aplicáveis a cada caso julgado, utilizando-se da discricionariedade conferida ao intérprete e aplicador. Aquilo que é tratado no *principalismo* como ponderação, Ferrajoli entende ser uma "[...] dimensão equitativa de qualquer juízo, a conotações concretas dos fatos julgados, sempre distintos uns dos outros, embora sejam subsumíveis às mesmas normas" (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 110, tradução nossa)¹³⁹. E ainda, conforme explica:

Se queremos falar de "ponderação", me parece mais simples e correto, em ambos os casos, afirmar que o objeto da ponderação são, caso a caso, as conotações singulares e irrepetíveis dos fatos e das situações julgadas, que são sempre distintas mesmo quando subsumíveis às mesmas normas (todo furto é distinto de qualquer outro, mesmo quando todos sejam qualificáveis como furtos; todo caso de legítima defesa é distinto de todos os demais, embora sejam todos qualificáveis como legítima defesa), e não as normas a aplicar, sejam regras ou princípios, que, pelo contrário, são sempre as mesmas." (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 83, tradução nossa)¹⁴⁰.

Este entendimento de Ferrajoli se completa com sua própria declaração – já explanada anteriormente - de que somente aceita a

valoración de un hecho como injurioso, o de una determinada circunstancia como atenuante, agravante o eximente.

¹³⁹ No original: [...] dimensión equitativa de cualquier juicio, a las connotaciones concretas de los hechos juzgados, siempre distintos unos de los otros aunque sean subsumibles em las mismas normas [...].

¹⁴⁰ No original: Si queremos hablar de <<ponderación>>, me parece más simple y correcto, em ambos casos, afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles em las mismas normas (todo hurto es distinto de cualquier otro, aun cuando todos sean calificables com hurtos; todo caso de legítima defensa es distinto de todos los demás, aunque sean todos cualificables como legítima defensa), y no las normas a aplicar, sean reglas o principios, que por el contrario, son siempre las mismas.

ponderação realizada por meio da interpretação sistemática (FERRAJOLI, 2011b, p. 533), sendo possível ao intérprete e aplicador realizar juízos equitativos a conotações concretas de casos julgados a partir de uma interpretação sistemática do direito.

Em que pese poder aparentar que esta é a divergência principal entre o *principialismo* e o *garantismo*, é identificável outra, mais fundamental, e que se revela no segundo argumento contrário à possível alegação de que os termos vagos e valorativos levam a indeterminações que podem ser melhor resolvidas pelo método ponderativo do *principialismo* do que pela subsunção do *garantismo*. A discordância fundamental carrega um conteúdo político que tem uma dimensão muito maior do que algo que possa ser encontrado no âmbito da teoria do Direito. Esta afirmação que fazemos encontra-se lastreada na observação sobre a conversação realizada entre Manero e Ferrajoli na qual o primeiro argumenta a favor de uma *tese normativa*, a qual diz ser defendida por constitucionalistas principialistas, por meio da qual se dispõe ser desejável que a regulação das constituições seja integrada por princípios pelo seguinte motivo

[...] porque, ao caracterizar em termos fortemente valorativos – sem especificar seu alcance em termos descritivos – as ações ordenadas e ao não predeterminar as relações de prevalência entre eles, uma constituição integrada centralmente por princípios atende equilibradamente a duas exigências, certamente em tensão, às quais deve responder o texto constitucional: em primeiro lugar, situa fora do âmbito de decisões da política ordinária, do jogo de maiorias e minorias, aqueles valores compartilhados que conforma o consenso básico da comunidade política e cujo respeito opera como limite aos cursos de ação que os poderes públicos podem legitimamente empreender; em segundo lugar, uma constituição assim desenhada mantém aberto o processo deliberativo – não fecha a deliberação, mas sim opera, por assim dizer, como canal da mesma – e desta forma evita em grande medida a <<tiranía dos mortos sobre os vivos>> a que se tem censurado frequentemente o constitucionalismo

rigido. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 79-80, grifo do autor, tradução nossa).¹⁴¹

Manero demonstra uma forte preocupação com a possibilidade de que a Constituição se adapte às transformações futuras, e por isto prefere uma Constituição flexível à Constituição rígida, defende um constitucionalismo em que as normas constitucionais sejam voláteis e que a própria constituição atue como uma esponja que absorve valores que, com o passar dos tempos, se formam no ambiente externo ao sistema jurídico constitucional. A grandeza do teórico principialista, neste caso, pode não estar no conteúdo de sua teoria, mas sim na demonstração de lealdade intelectual ao franquear os motivos políticos que levam à sua opção teórica. A realização de uma descrição do direito, por meio da opção por uma teoria normativa (*principialismo*) à qual previamente é dado um valor - assim como ao próprio objeto descrito (normas constitucionais) -, ao se indicar razões que ligam uma compreensão teórica de cunho científico a um compromisso de índole política e, portanto, como *programa de ação*, não deve ser contestada. Deve sim ser enaltecida, em virtude da lealdade do observador que descreve o objeto.

Por sua vez, Ferrajoli, da mesma forma, esclarece por quais motivos defende a Constituição rígida e a construção de uma teoria, nos marcos do *juspositivismo*, que lhe dê suporte. Depois de defender que a subtração ao jogo das maiorias e minorias contingentes encontra-se mais rigidamente assegurado por meio do constitucionalismo garantista, e entendendo que o desacordo que está sendo demonstrado é político, e não teórico, argumenta que:

¹⁴¹ No original: [...] porque, al caracterizar en términos fuertemente valorativos – sin especificar su alcance en términos descriptivos – las acciones ordenadas y al no determinar las relaciones de prevalencia entre ellos, una constitución integrada centralmente por principios atiende equilibradamente a dos exigencias, ciertamente em tension, a las que debe responder el texto constitucional: en primer lugar, sitúa fuera del ámbito de decisiones de política ordinaria, del juego de mayorías y minorías, aquellos valores compartidos que conforman el consenso básico de la comunidad política y cuyo respeto opera como límite a los cursos de acción que los poderes públicos pueden legítimamente emprender; en segundo lugar, una constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo – no cierra la deliberación, sino que opera, por así decirlo, como cauce de la misma – y de esta forma evita em gran medida la <<tiranía de los muertos sobre los vivos>> que se há reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido.

A divergência se reduz, portanto, à segunda razão de sua valoração: o fato de que o constitucionalismo argumentativo ou principialista deixa aberto o processo deliberativo tanto na legislação quanto na jurisdição. É sobre a distinta valoração – a sua positiva, e a minha negativa – desta abertura e dos consequentes espaços de discricionariedade e as vezes arbitrariedade, que consiste na realidade nossas divergências. O que você chama de <<tiranía dos mortos sobre os vivos>> gerada pelo constitucionalismo rígido é o que eu chamo de <<normatividade das constituições rígidas>> que, como você me confirma, resulta debilitada pelo enfoque principialista. Mas este já não é um desacordo teórico, mas sim político [...] você compartilha a tese de Emmanuel-Joseph Sieyès, pela qual uma constituição não deve nunca atar as mãos das gerações futuras [...] Eu, pelo contrário, sustento a tese oposta, segundo a qual as constituições têm precisamente a finalidade de atar as mãos das gerações presentes em cada momento a fim de impedir, como por desgraça tem sucedido historicamente, que elas amputem as mãos das gerações futuras [...]. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 84, grifo do autor, tradução nossa)¹⁴².

¹⁴² No original: El disenso se reduce, por tanto, a la segunda razón de tu valoración: el hecho de que el constitucionalismo argumentativo o principialista deja abierto el proceso deliberativo tanto en la legislación como en la jurisdicción. Es sobre la distinta valoración – la tuya positiva, la mía negativa – de esta apertura y de los consiguientes espacios de discrecionalidad y a veces arbitrariedad en lo que consisten en realidad nuestras divergencias. Lo que tú llamas la <<tiranía de los muertos sobre los vivos>> generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la <<normatividad de las constituciones rígidas>> que, como tú me confirmas, resulta debilitada por el enfoque principialista. Pero este es u desacuerdo no ya teórico, sino político [...] tú compartes la tesis de Emmanuel-Joseph Sieyès según la cual una constitución no debe nunca atar las manos de las generaciones futuras [...] Yo, por el contrario, sostengo la tesis opuesta, según la cual las constituciones tienen precisamente el fin de atar las manos a las generaciones presentes em

Esta argumentação nos revela o quanto à divergência entre as teses *principalistas* e as teses *juspositivistas* – e particularmente o *garantismo* - pode estar muito menos no âmbito da teoria do direito do que no âmbito da política, especificamente quanto à atividade exercida pelo Judiciário.

Apesar de afiançarmos o entendimento de que o teórico e estudioso, por mais não que queira, nunca estará livre das ideologias, a princípio não temos aqui a intenção de concordar com a tese política de que as constituições devem estar caracterizadas em termos valorativos sem que haja relações de prevalência entre eles, e sem que se especifique seu alcance em termos descritivos. Nem queremos aderir irrestritamente à tese política de que as constituições devem ser rígidas, no sentido de que devem ter uma normatividade que ofereçam o mínimo de discricionariedade aos poderes constituídos, em específico ao Judiciário. Neste ítem nos interessa especificamente observar e entender os espaços de discricionariedade judicial permitidos pelo *principalismo* e pelo *garantismo*. E neste capítulo, nossa proposta se apresenta por um enfoque inverso, que é de verificar como as constituições sociais (ou sistemas constitucionais sociais) se encontram mais amoldadas a um ou outro destes tipos teóricos de constitucionalismo. Sendo assim, é possível que tiremos algumas conclusões.

Já observamos que o método ponderativo que é utilizado pelas teorias *principalistas* enfraquecem o carácter deontológico, das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais*. Mas isto tanto pode inibir a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social, quanto possibilitam uma abertura valorativa que pode reforçar este comando, dependendo das valorações compartilhadas pelos que formam o consenso que se encontra presente no discurso jurídico.

Em sistemas jurídicos que apresentam constituições rígidas, a debilitação do carácter deontico realizada pela ponderação pode corromper o carácter social da Constituição caso se forme uma conjuntura política e econômica que lhe seja desfavorável e que acabe por influenciar ou exercer pressão sobre aqueles que estão encarregados de interpretar e aplicar a Constituição, ou ainda se a interpretação é realizada por alguém que já se encontra previamente submetido ideologicamente à *concepção liberal de Estado* possibilitando aos direitos individuais melhores condições para aplicabilidade jurídica. Por

cada momento a fin de impedir, como por desgracia há sucedido historicamente, que ellas amputen las manos de las geraciones futuras [...].

outro lado, uma Constituição que pode ser considerada social, mas que apresenta um regime de desigualdade entre direitos individuais e sociais, reconhecendo somente os primeiros como fundamentais - como uma constituição típica da primeira fase da *concepção social de Estado* - pode ter seu caráter social reforçado caso se desvincule hermeneuticamente deste entendimento e confira aos direitos sociais o caráter de fundamentais em regime jurídico de igualdade com os direitos individuais por meio da abertura que é possibilitada pelo método ponderativo. Em ambos os casos se realiza uma subversão à rigidez constitucional e ao *comando político-jurídico* da Constituição.

Nas situações em que não existe um constitucionalismo rígido - a qual pode ser encontrada facilmente em países que preservam a tradição jurídica do *common law* - encontram-se estabelecidos sistemas constitucionais nos quais a modificação do conteúdo dos preceitos constitucionais se realiza também por meio da jurisprudência dos tribunais ou de processos legislativos ordinários e por isto fica mais aberta às circunstâncias. Neste caso, os juízos valorativos podem ser formados por meio de procedimentos argumentativos casuais e incertos que se adequam ao método da ponderação de valores de uma forma que a subversão ao *comando político-jurídico* é dissipada imediatamente. Significa dizer que, caso ocorra uma contrariedade aos postulados jurisprudenciais e legislativos disciplinados anteriormente, os quais formam o *comando político-jurídico*, ela é facilmente e imediatamente absorvida em virtude de que a nova decisão passa também a servir de elemento que forma o *comando político-jurídico* do sistema constitucional. Nestas condições, a existência de um sistema constitucional de caráter social, que inclusive tivesse uma Constituição social escrita, não teria qualquer garantia jurídica de que seria efetivamente observado e obedecido o seu *comando-político jurídico*.

É justamente contra esta insegurança e falta de garantias, quanto à realização dos preceitos constitucionais definidos constitucionalmente, que o *garantismo* se opõe. Defende um sistema constitucional rígido que não fique submetido aos humores e inconstâncias das maiorias eventuais, que podem não somente e inclusive abrir mão de seus próprios direitos, mas também dos direitos das próximas gerações. Entendemos que esta concepção não percebe os direitos como coisas que podem ser objeto de escambo, podendo ser disponibilizadas (derrogadas) ou negociadas (ponderadas) a depender das circunstâncias, mas sim como elementos fundantes e construtores de um marco civilizatório racionalmente fundamentado que não pode sucumbir em

meio a ameaças ou promessas que fazem parte do agir político cotidiano e exercem pressão sobre a atividade jurídica. E por defender o constitucionalismo rígido, fica claro que o *garantismo* não aceita que uma teoria jurídica haja de modo a subverter a rigidez constitucional e consequentemente o *comando político-jurídico* das Constituições, sejam elas liberais ou sociais de qualquer tipo.

Também é perceptível que a teoria garantista é construída a partir de três observações preliminares: a) as modernas constituições (ou sistemas constitucionais) incorporaram novos direitos, especificamente os direitos sociais, inclusive na categoria de direitos fundamentais; b) o *juspositivismo normativista* estabeleceu uma fenomenologia normativa que é insuficiente para dar conta de todas as normas constitucionais, em específico as normas de direitos sociais, em virtude do seu grau de indeterminação; c) o *principalismo* é uma reação às insuficiências do *juspositivismo normativista* frente aos desafios impostos pelas modernas constituições e comete o erro de reaproximar direito e moral (como no *jusnaturalismo*) e de utilizar o método da ponderação, causando o debilitamento do caráter deontico tanto dos direitos sociais quanto dos direitos individuais. A partir disto, Ferrajoli propõe uma teoria nos marcos do *juspositivismo*, que busca superar as suas insuficiências e preservar suas virtudes. Ferrajoli se opõe à ideia de que exista uma incompatibilidade entre direitos fundamentais, que leve à colisão entre eles e contesta o fato de que possa haver qualquer outra ponderação além daquela permitida pela interpretação sistemática, além de entender que a cada caso são aplicáveis juízos de equidade utilizando-se da discricionariedade que cabe ao intérprete e aplicador. Propõe ainda uma hierarquia normativa entre direitos fundamentais com uma fundamentação ética, que visa impedir colisões entre direitos fundamentais. Entretanto, a principal virtude do *garantismo* encontra-se na normatividade, que possibilita conferir aos dispositivos constitucionais um caráter deontico, que impede a sua derrogação por meio de juízos valorativos, que estejam fora do sistema jurídico. A fundamental percepção teórica que influencia diretamente o caráter deontico dos direitos sociais está na sua tipologia normativa na qual direitos individuais e sociais são classificados como normas imediatamente prescritivas – *tético-deonticas* - que dispõem uma figura deontica associada às expectativas negativas e positivas de realização de uma *atuação* que efetive o exercício do direito prescrito. Contudo, há ainda uma debilidade e também uma séria dificuldade não enfrentada pelo *garantismo* e que expomos a seguir.

Primeiramente – quanto à debilidade - destacamos, que Ferrajoli não confere às *diretrizes* (princípios diretivos) o mesmo grau de vinculação, que confere aos *direitos fundamentais* (princípios regulativos) por entender que não vida a nenhuma situação jurídica. Esta posição, que já dissemos ser contraditória em sua teoria, enfraquece a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição. Mas, conforme também já anunciamos, preferimos tratar desta debilidade mais adiante, quando estivermos especificamente abordando a Constituição brasileira. Por sua vez, quanto à dificuldade não enfrentada pelo garantismo – pelo menos de forma adequada – verificamos que a *não atuação*, ou seja, o não estabelecimento de garantias para que se efetive o direito não trás outra consequência a não ser o estabelecimento da mora do agente estatal a quem compete a *atuação*. Se, a partir desta constatação, fizemos uma comparação com o método ponderativo do *principlismo* talvez sejamos tentados a afirmar que é melhor uma derrogação parcial de um direito quando em colisão a outro (como se faz por meio da ponderação) do que a impossibilidade total de exercício de um direito em face da sua não regulamentação por meio de uma garantia cuja *atuação* está a cargo do legislador que não age e encontra-se em omissão constitucional. Ou seja, exemplificadamente, no caso de uma Constituição rígida estabelecer que todos tem direito à saúde, e de faltarem normas de garantia que regulamentem o exercício deste direito, talvez fosse melhor que, em um determinado caso – mesmo sob o risco de derrogações valorativas – se subvertesse a rigidez constitucional utilizando o método ponderativo a fim de que pelo menos fosse o direito à saúde cotejado frente aos demais preceitos constitucionais, que poderiam contrapor-se a ele e, assim, algum benefício se pudesse extrair deste direito.

Ao final, chegamos à conclusão de que não é possível realizar uma afirmação genérica sobre qual dos campos teóricos apresentados é mais adequado à realização de uma Constituição social qualquer, sob a perspectiva de uma *concepção social de Estado*. Nem mesmo por motivos puramente ideológicos seria conveniente realizar uma opção teórica deste tipo. Além do foi explanado acima, podemos acrescentar que é perceptível, por meio das exemplificações dos teóricos cujas teorias analisamos, que por mais que tendam a querer universalizar suas teorias, sempre estão com o olhar voltado para o contexto constitucional de que são originários. Antes de afirmar qual teoria é a mais adequada, é necessário que tenhamos claro qual é a Constituição específica que se pretende interpretar e aplicar. As diferentes constituições sociais, e a

cultura jurídica a que pertecem, guardam particularidades que acabam por levar à definição de, que tanto o *principialismo* quanto o *garantismo* podem se apresentar mais ou menos adequados à sua interpretação e aplicação. Para isto deve ser verificado qual pode ser o resultado da aplicação do *garantismo* ou do *principialismo* em um sistema constitucional como o inglês (caso possa ser entendido como social), ou à Constituição alemã, ou à italiana, ou à espanhola, ou ainda à portuguesa, etc. E é uma exigência implícita das próprias Constituições que a teoria jurídica a ser utilizada na sua interpretação e aplicação esteja adequada ao seu tipo estatal específico, considerados todos os elementos específicos de seu *comando político-jurídico*. Optamos, neste trabalho por realizar este exercício em relação à Constituição brasileira, e para isto precisamos inicialmente entendê-la, ou seja, saber qual é o seu *comando político-jurídico* para depois analisar qual teoria jurídica lhe é mais adequada.

CAPÍTULO 4

O COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEU SENTIDO IDEOLÓGICO

Uma possível indeterminação quanto à definição do *comando político-jurídico* de uma Constituição, em razão das duas variáveis concepções de Estado a que se encontram submetidos os intérpretes, tem sua raiz na ideologia que permeia a interpretação que realizam, circunstância esta que não deve ser ignorada. Apesar disto, este fator ideológico não se constitui em impedimento para a realização de uma análise descritiva da Constituição brasileira que busque a identificação do tipo de Estado à qual se vincula e do seu *comando político-jurídico* específico. Pelo contrário, conforme temos assinalado ao longo deste trabalho, quando buscamos fazer ciência é preciso entender que o objeto não pode ser compreendido sem o valor que lhe é dado pelo observador que o descreve, sendo também necessário que este valor seja exposto durante o exercício descritivo. Como já observado anteriormente, esta exposição do valor atribuído pelo sujeito ao objeto, conforme entende Morin (2000, p. 8), demonstra lealdade para com o saber científico. Desta forma, não há que se fazer objeção a que se realize a interpretação de uma Constituição lastreada por direitos individuais identificando-a como Constituição de um Estado social se o intérprete esclarece quais são as condições ideológicas, sociológicas, econômicas e culturais utilizadas as quais explicitam as possíveis tarefas políticas da abordagem metodológica utilizada. O mesmo se aplica quando se realiza a interpretação de uma Constituição lastreada em direitos sociais identificando-a como uma Constituição liberal, embora, talvez neste caso, seja muito mais difícil ao intérprete deixar bem definidas as condições acima explicitadas e de como estas o levaram à sua compreensão. A partir disto a aceitação, pela comunidade jurídica, do resultado da investigação, por meio da análise dos argumentos e conclusões do intérprete quanto ao *comando político-jurídico* definido em uma constituição é que, efetivamente, fornecerá a caracterização ideológica deste comando que atua como norma de reconhecimento e é instrumento de justificação e programa de ação do sistema jurídico estatal, conferindo-lhe validade, e que existe como conteúdo formal e material da Constituição.

Sob este entendimento, nas próximas linhas, proferimos e explicitamos o entendimento de que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é uma Constituição social, a qual tem

particularidades em relação a outras Constituições sociais. Realizamos este entendimento sob uma *concepção social de Estado* demonstrando que esta também é a concepção sob a qual fora formada a Constituição brasileira. Esta definição, que considera a verificação de seu *comando político-jurídico* – na forma já conceituada anteriormente no item 1.5 -, também tem como fator de análise as condições políticas e ideológicas em que foi elaborada, condições estas que se internalizaram no sistema jurídico no momento de sua promulgação.

4.1 AS DIRETRIZES DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Pode-se perceber que a Constituição brasileira, enquadra-se no tipo de Constituição de um Estado social conforme, logo de início, suas *diretrizes* orientam. Após instituir as formas republicana e federativa, sob um regime político de democracia, estabelece de forma explícita as *diretrizes* do Estado brasileiro por meio de duas prescrições: a) o estabelecimento dos fundamentos que devem, como diz o próprio nome, fundamentar os atos estatais; b) a determinação de objetivos a serem observados e cumpridos pelos agentes estatais. Mas também, de forma implícita, sistematiza os direitos fundamentais no texto constitucional de acordo com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro contribuindo para a interpretação que deve ser feita destas *diretrizes*.

Os fundamentos da República, inscritos no art. 1º¹⁴³ da Constituição, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, aliados aos objetivos descritos no seu art. 3º¹⁴⁴, que consistem em construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização;

¹⁴³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁴⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, se constituem em *diretrizes* do Estado brasileiro.

Quanto aos direitos fundamentais, além dos direitos individuais clássicos previstos no art. 5º e sistematizados neste mesmo artigo e em outros dispositivos, apresentam uma forte presença de direitos sociais, que abrangem a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância (arts. 6º a 11) e sistematizados no título da Ordem Social (arts. 193 a 232), e devem ser interpretados – no seu conjunto - como estando conjugados às *diretrizes normativas*. Disto, podemos depreender que, sob uma perspectiva sistemática, os direitos fundamentais devem orientar a realização dos objetivos da república sem deixar de observar os fundamentos desta. Entretanto, também é possível inferir que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que são prescritos como direitos lastreados nos fundamentos do Estado, possibilitam e norteiam a interpretação destes.

Assim, por exemplo, se o Estado fundado no pluralismo político (art. 1º, inc. V) está apto a prescrever a liberdade como direito inviolável (art. 5º, *caput*), bem como seus desdobramentos e restrições, também estes desdobramentos e restrições norteiam a interpretação que deve ser feita dos próprios fundamentos. Dito de outra forma, se o direito à liberdade é reconhecido como tal pelo Estado, a partir de um de seus fundamentos que é o *pluralismo político*, entendido este como pluralismo de ideias, de concepções, ou seja, como diversidade no pensar e consequentemente no modo de se comportar¹⁴⁵, também as próprias restrições à liberdade, como a vedação ao anonimato (art. 5º, inc. IV)¹⁴⁶, integram o conteúdo do próprio fundamento. Assim, o *pluralismo político*, como fundamento do Estado, deve reger toda a vida cotidiana, e restrições a ele somente podem decorrer dos próprios limites estabelecidos pela Constituição quando prescreve e restringe direitos na parte reservada aos direitos fundamentais (Título II). Exemplificadamente, por este motivo não é possível entender como a união civil ou casamento de pessoas do mesmo sexo, em face do pluralismo político – fundamento da República – poderiam ser proibidos

¹⁴⁵ E que não deve ser entendido simploriamente como pluralismo partidário, ou seja, a existência de diversos partidos políticos.

¹⁴⁶ Constituição Federal: art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

no Brasil sob o argumento de que o parágrafo 5º do art. 226 da CF estabelece que "os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Nenhuma restrição a direitos fundamentais ou aos fundamentos e objetivos do Estado pode decorrer de norma que não seja de direito fundamental, mesmo que esta norma seja constitucional (como é o caso apresentado). Ou seja, se é fundamento do Estado brasileiro o *pluralismo político*, se é objetivo do Estado brasileiro *promover o bem de todos, sem preconceitos, sexo*, e se entre as restrições ao direito de liberdade e também de igualdade - prescritas no título reservado aos direitos fundamentais - não existe qualquer impedimento para a união civil ou casamento de pessoas do mesmo sexo¹⁴⁷, nenhum outro dispositivo pode ser interpretado de forma a impedir este tipo de casamento pois atentaria contra as *diretrizes* da Constituição.

No mesmo caminho, de forma exemplificativa, constata-se que os direitos individuais se encontram sistematizados em desdobramentos da liberdade, igualdade e propriedade no art. 5º, e substancialmente no art. 170 que trata da ordem econômica¹⁴⁸. Este dispositivo, em que pese não tratar-se de um elemento que compõem o *comando político-jurídico* da Constituição brasileira se encontra em perfeita harmonia com as *diretrizes* do Estado brasileiro. Uma acareação entre os fundamentos e princípios da ordem econômica, os direitos individuais e os fundamentos e objetivos (*diretrizes*) do Estado brasileiro nos revela, a sinteticamente, por meio de uma amostragem relacional, a seguinte conformidade sistêmica¹⁴⁹: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, *caput*) - valores

¹⁴⁷ Some-se a isto o fato de que o dito dispositivo regula os direitos e deveres do casamento entre homem e mulher, mas não faz qualquer menção impeditiva a outro tipo de união conjugal.

¹⁴⁸ Eros Grau, ao realizar uma interpretação sistemática da Constituição federal, observa que "o seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma *nova* ordem econômica". (GRAU, 2007, p. 173, grifo do autor).

¹⁴⁹ Uma análise sistemática que inclui *diretrizes* constitucionais, os *direitos fundamentais* e a ordem econômica já fora realizada por Eros Grau nos seguintes termos: "Ao bojo da ordem econômica, tal como considero neste ensaio, além dos que já no seu título VII se encontram, são transportados [...] fundamentalmente os preceitos inscritos nos seus arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219 – bem assim, entre outros, os do art. 5º, LXXI, do art. 24, I, do art. 37, XIX e XX, do § 2º do art. 103, do art. 149, do art. 225º". (GRAU, 2007, p. 193-194).

sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); tem por fim assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*) – dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*) - construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I); observados os seguintes princípios: soberania nacional (art. 170, inc. I) – soberania nacional (art. 1º inc. I); função social da propriedade (art. 170, inc. III) – a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inc. XXIII); livre concorrência (art. 170, inc. IV) - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º inc. XIII); defesa do consumidor (art. 170, inc. V) - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII); defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, inc. VI) - a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inc. XXIII) e a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, inc. II)¹⁵⁰; redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inc. VII) - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III); busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII) – garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º inc. I).

Não nos caberá aqui articular o significado e amplitude de cada um dos fundamentos e objetivos do *comando político-jurídico* da Constituição. Além de não ser a pretensão imediata do presente trabalho realizar de forma acabada tal conceituação, entendemos que faz parte da construção teórica e jurisprudencial que forma a cultura jurídica brasileira traduzir tais significados. Entretanto, por mais que seja

¹⁵⁰ Neste sentido, Derani (2008), ao analisar a ordem econômica definida pela Constituição brasileira, por meio da estrutura fixada nos art. 5º e art. 170 - especificamente nos dispositivos que determinam que a propriedade deve cumprir uma função social e de que a ordem econômica está calcada na defesa do meio ambiente – defende que [...] não podemos adotar o simplismo de tachar o modo de produção expresso no texto da Constituição Federal como modo de produção capitalista, nivelando-o com demais Estados capitalistas, sem compromisso com seu espaço e tempo" (DERANI, 2008, p. 8), e afirma que "A Constituição reelabora e dá contornos ao capitalismo que declara, desenhando-o na forma de "capitalismo social" [...]". (DERANI, 2008, p. 9, grifo do autor).

possível a existência de conceituações divergentes, que fazem parte da formação do caldo de nossa cultura jurídica, não há margem de discricionariedade que impeça o reconhecimento das *diretrizes* deste comando como sendo características de um Estado social. Onde a exigência – mesmo quando se trate de direitos individuais - não é de abstenção do agir estatal, mas sim de participação dos agentes estatais para que se garantam e realizem direitos.

Por fim, esclarecemos que, quando nos referimos a agentes estatais, que participam da tarefa de garantia e realização de direitos, vinculamos sua ação e limite de discricionariedade à observação destas *diretrizes* que regulam todos os atos da atuação estatal nas três esferas do exercício do poder. E não é por outro motivo que a instituição da tripartição de funções estatais¹⁵¹ localiza-se no mesmo título (princípios fundamentais) em que se encontram estabelecidas as *diretrizes*. Valendo-se da necessária contextualização da época e lugar, que não passou despercebida por Montesquieu quando entendeu que a separação de funções estatais surgia como meio e instrumento para a realização da *liberdade política*, proferimos o entendimento de que uma divisão de funções permanece como característica essencial do Estado constitucional, mas com a reformulação da finalidade que a justifica. Assim, em um Estado social – como é o brasileiro - não há como ter como objetivo a defesa da liberdade sem que ao mesmo tempo sejam protegidas as necessidades materiais do indivíduo prescritas na Constituição. E também, sem que disto participe o Judiciário submetido às *diretrizes* constitucionais na medida das possibilidades que lhe são conferidas por meio da forma como se estabelece o *regime jurídico dos direitos fundamentais* e os *mecanismos de garantias do comando político-jurídico* caracterizados pelo tipo de controle de constitucionalidade adotado.

4.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A diferença no *regime jurídico* relativa aos *direitos fundamentais* em um Estado social pode ser percebida de três formas: a) os direitos individuais e sociais são positivados na Constituição como fundamentais sem que se realize qualquer distinção quanto à aplicabilidade de ambos; b) os direitos individuais e sociais são positivados na Constituição como

¹⁵¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

direitos fundamentais, mas adotam regime jurídico distinto; c) os direitos individuais são positivados na Constituição como direitos fundamentais, mas os direitos sociais somente são positivados infra-constitucionalmente. Como exemplo destas situações podemos demonstrar respectivamente os casos do Brasil, de Portugal e da Alemanha, que são Estados que podem ser enquadrados no conceito de Estado social, mas que apresentam uma regime jurídico distinto em relação aos direitos fundamentais.

No Brasil, os direitos individuais e sociais encontram-se previstos no título referente aos direitos fundamentais enquanto que em Portugal, em que pese estarem definidos na primeira parte da Constituição que trata dos direitos e deveres fundamentais, estão sistematicamente positivados em títulos diferentes conferindo-se aplicabilidade direta somente aos direitos individuais (art. 18 da Constituição portuguesa de 1976). Quanto a isto, Ingo Sarlet em um estudo sobre os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional, reconhece que a Constituição brasileira não faz a distinção jurídica entre direitos sociais e individuais, entendendo que ambos formam o sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais (SARLET, 2002, p. 51). Enquanto que, na Alemanha, diferentemente do Brasil e de Portugal, os direitos sociais não foram expressamente incluídos no corpo da Lei Fundamental¹⁵². E somente por meio de uma subordinação interpretativa a uma *concepção social de Estado* foi possível enquadrar a Alemanha como um tipo de Estado social, conforme se pode inferir a partir das observações de Böckenforde (1993) que, entende que a Lei Fundamental alemã acolheu o problema central da teorização liberal dos direitos fundamentais e da *concepção liberal de Estado*, mas que, ao mesmo tempo, proporciona uma solução por meio da fixação de um comprometimento com o Estado social como princípio constitucional vinculante e coordenado com o Estado de Direito. (BÖCKENFORDE, 1993, p. 70).

É preciso considerar que a principal diferença é de caráter deontológico, uma vez que a Constituição brasileira, diferentemente da Constituição portuguesa e da Lei Fundamental alemã, não possibilitou a distinção de regimes jurídicos entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais clássicos, para dar-lhes dimensão objetiva e

¹⁵² Quanto a isto ver nota 40.

subjetiva, respectivamente¹⁵³. Em caminho oposto ao que foi definido naquelas constituições europeias, a Constituição brasileira inclui direitos individuais e sociais entre os direitos fundamentais conferindo a ambos aplicabilidade imediata, conforme definido no § 1º do art. 5º, de forma a vincular também o Judiciário à realização destes direitos, o que significa dizer que são auto-suficientes e, conforme explicita Eros Grau - e com o qual concordamos - não reclamam "[...] qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade". (GRAU, 2007, p. 319).

Quando o constituinte conferiu aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais, certamente teve a intenção de evitar, que estes direitos deixassem de ser aplicados em caso de omissão legislativa. Sendo assim, a aplicabilidade imediata leva ao fato de que os direitos e garantias fundamentais não dependem somente da atuação do Legislativo ou do Executivo. Isto quer dizer, que se não há qualquer norma constitucional ou legislativa que fixe limites e condições para exercício de direitos fundamentais, não se pode impedir o exercício do direito em virtude de omissões dos poderes constituídos.

Certamente, estes direitos podem ser regulados por meio de emendas constitucionais ou de legislação infraconstitucional. Por meio de emendas é possível fixar limites a um direito fundamental tendo em consideração que nenhum direito pode ter caráter absoluto, especificamente quando invade o âmbito de proteção de outro direito. Por sua vez, a legislação ordinária pode fixar regras que definem as condições para o exercício de um direito fundamental, também como forma de proteger outros direitos fundamentais. Estas limitações e definições de condições para o exercício atuam no sentido de conferir uma maior taxatividade que diminui indeterminações. Entretanto, existem limites para as próprias limitações uma vez que uma limitação extrema que viesse a impedir completamente o exercício de um direito fundamental levaria à sua derrogação ou abolição, o que é impeditivo constitucionalmente uma vez que se constituem em cláusulas pétreas conforme prescrito constitucionalmente (art. 60 § 4º da CF). Assim, por exemplo, é possível que uma norma constitucional limite o exercício do direito de propriedade, prescrevendo os limites do seu exercício e também que normas legais definam as condições para o exercício deste direito, mas, em nenhuma das situações isso pode levar à restrição

¹⁵³ Sobre o tema, relativamente à Constituição portuguesa, José Carlos de Andrade Viera confere densidade normativa reduzida e não aplicabilidade imediata a direitos fundamentais sociais (ANDRADE, 2001, p. 395).

absoluta ao exercício da propriedade. Ainda, a título de exemplificação, é possível que por meio de leis infra-constitucionais, sejam traçados limites e condições para o exercício do direito à saúde, mas em momento algum estes limites podem impossibilitar o exercício do direito à saúde de forma a não fornecer atendimento integral (conforme previsto no art. 6º e sistematizado no art. 197, inciso II da CF).

A princípio isto poderia parecer um paradoxo no qual – em tese - ou teríamos direitos fundamentais não limitados e regulados, abrindo-se ampla discricionariedade ao Judiciário para decidir em casos concretos em que a fruição de um direito fundamental seja objeto de processo judicial, ou poderíamos ter regulações legislativas que levariam à uma *quase* impossibilidade de fruição de um determinado direito fundamental em virtude de uma ampla restrição realizada por limitações constitucionais e regulação de condições de seu exercício. Entretanto, isto não pode acontecer se tomarmos a Constituição como o coroamento de um sistema jurídico, que se referencia nela própria e da qual emana um *comando político-jurídico* que inclui outros elementos além do *regime jurídico de direitos fundamentais* – aqui trabalhado - e, como se verá à frente, prescreve os limites ideológicos que devem balizar a interpretação e decisão jurídicas por meio de um método que lhes seja adequado.

A disposição contida na Constituição Federal dá aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais, que vão dos arts. 5º ao 17º. Esta foi a intenção do constituinte e possíveis tentativas doutrinárias de descaracterizar essa pretensão, mesmo buscando argumentos de cunho jurídico-dogmático e modelos constitucionais de outros países, podem demonstrar um comprometimento com um tipo ideológico de Estado que não é o substancializado no texto constitucional brasileiro.

4.3 OS MECANISMOS DE GARANTIA DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Não é nossa pretensão traçar de forma exaustiva o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil , mas sim distingui-lo dos modelos adotados em outros Estados, a fim de possibilitar o entendimento sobre quais tarefas são delegadas por meio da Constituição brasileira aos encarregados do controle quando o que se pretende é garantir o cumprimento do *comando político-jurídico* da Constituição.

Nos Estados Unidos o modelo jurisdicional e difuso, ligado à idéia de democracia, esteve sempre presente, mas o mesmo não ocorreu na França, onde o modelo político de viés concentrado foi a tônica.¹⁵⁴ Modernamente, a partir da construção do modelo jurisdicional austríaco¹⁵⁵, teve início a formação de outro tipo de controle jurisdicional, agora de tipo concentrado – o qual, a partir da segunda metade do século XX, possibilitou a ampliação da noção de direitos fundamentais, desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente, particularmente na Alemanha.

Analisando a forma como é feito o controle de constitucionalidade em diversos países Rubio Llorente (1998) apresenta a existência de dois grandes modelos (os quais preferimos denominar de sistemas) de jurisdição constitucional: o europeu e o estadunidense. O primeiro, concentrador da jurisdição constitucional em um tribunal onde o juiz atuando como legislador negativo, suprime do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais. O segundo, de controle difuso, em que qualquer membro ou tribunal pode conhecer e declarar a inconstitucionalidade sem, contudo, anular ou expulsar a lei do ordenamento jurídico.

Depois de apresentar estes sistemas acrescenta outros dois (e denomina-os de modelos), em que a diferença se encontra baseada no telos específico de cada um (RUBIO LLORENTE, 1998, p. 160): a) o modelo centrado na lei; e b) o modelo centrado na defesa dos direitos. Conforme explicação do juiz espanhol, o modelo centrado na lei e inspirado na construção kelseniana tem como elemento central o recurso de inconstitucionalidade de lei, portanto de inconstitucionalidade *in abstracto*, e confunde-se com o controle concentrado de constitucionalidade, em que o controle de constitucionalidade da lei é confiado somente a um tribunal e a legitimação para socorrer-se a ele é concedida a alguns poucos órgãos públicos. (RUBIO LLORENTE, 1998, p. 161). A esse modelo, que tem como objetivo uma depuração do ordenamento, Llorente contrapõe outro que tem como finalidade imediata a preservação dos direitos, e apenas como secundário o objetivo do primeiro, reconhecendo em seu modelo a realização clássica

¹⁵⁴ Sobre os modelos inglês, estadunidense e francês, ver o trabalho de Lenio Streck (STRECK, 2002, p. 225-282).

¹⁵⁵ Sobre o modelo austríaco ver a análise em que Kelsen trata do o modelo Jurisdicional constitucional e administrativo da Constituição de 1920 da Áustria. (KELSEN, 2003, p. 5-46).

do sistema estadunidense do *judicial review*. (RUBIO LLORENTE, 1998, p. 164-165).

E, em que pese o fato de ser perfeitamente identificável que o modelo de garantias de direitos desenvolveu-se historicamente no sistema do *judicial review* e que o sistema centrado na lei foi delineado na Europa do controle concentrado de constitucionalidade, a separação não deve ser rígida, pois é possível identificar que a existência de controle difuso pode albergar, tanto um sistema centrado na lei quanto outro centrado na defesa dos direitos. Ao mesmo tempo é possível identificar que um sistema concentrado, por sua vez, pode abrigar sistemas centrados na lei ou sistemas centrados na defesa de direitos. Nos Estados Unidos, há muito existe certa relativização do sistema, fundada na construção jurisdicional da regra do precedente (*the rule of precedent*), característica dos países de direito costumeiro, onde os juízes ficam submetidos aos precedentes judiciais ou às normas elaboradas com anterioridade por órgãos jurisdicionais (*stare decisis*) (SEGADO, 2003, p. 72), de modo que as decisões da Suprema Corte acabam vinculando os tribunais e juízes inferiores, com eficácia *erga omnes* das suas decisões¹⁵⁶. O modelo kelseniano, por sua vez, poderia ter sido flexível desde o início, permitindo, que mesmo mediante jurisdição concentrada, fosse possível a participação popular no controle, uma vez que existiram estudos nesse sentido desde a elaboração do sistema¹⁵⁷. Kelsen admitia que uma *actio popularis* seria a mais forte garantia do controle jurisdicional de constitucionalidade. Não lhe recomendava um ingresso por via direta, por supor que “[...] acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções [...]” (KELSEN, 2003, p.

¹⁵⁶ Kelsen contesta essa eficácia, sob a alegação de que é possível acontecer que a Suprema Corte declare uma mesma lei constitucional num caso e inconstitucional noutro. (KELSEN, 2003, p. 307-309).

¹⁵⁷ Segundo Kelsen: “Quando se estava preparando a Constituição de 1920, foram discutidos dois outros métodos para pôr em movimento a revisão judicial da legislação. O primeiro seria conceder a todo cidadão o direito de fazer um requerimento à Corte Constitucional, a qual estaria obrigada a pronunciar-se sobre a validade da lei. Era uma espécie de *actio popularis*. A segunda possibilidade seria instituir na Corte Constitucional o cargo de promotor-geral com a incumbência de proteger a Constituição. Sua função seria a de examinar todas as leis federais e estaduais e submeter à consideração da Corte Constitucional aquelas de constitucionalidade duvidosa.” (KELSEN, 2003, p. 316).

174), mas entendia ser oportuna a possibilidade de que as partes de um processo o promovessem contra atos das autoridades públicas, por serem inconstitucionais, como meio indireto de provocar a intervenção do tribunal constitucional (KELSEN, 2003, p. 175).

Rubio Llorente deixa entrever, que nas tendências atuais de jurisdição constitucional na Europa, em realidade o sistema de jurisdição concentrada se aproximou em alguns pontos da tradição do *judicial review* (RUBIO LLORENTE, 1998, p. 164-165). Essa direção ocorre após a Segunda Guerra Mundial, a partir da constatação da possibilidade de combinar o controle difuso e concentrado de constitucionalidade (SEGADO, 2003, p. 68). E o grande exemplo dessa possibilidade de convivência dos sistemas norte-americano e austríaco é a atual jurisdição constitucional brasileira, que adota um misto dos sistemas difuso de tipo estadunidense¹⁵⁸ e concentrado de tipo europeu.

O modelo jurídico-constitucional brasileiro, além de estabelecer objetivos do Estado de forma explícita e implícita, e de ter estabelecido um *regime jurídico dos direitos fundamentais* por meio do qual inclui os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, com aplicabilidade imediata destes direitos, também estabeleceu um duplo critério de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) orientado ao reconhecimento da existência de inconstitucionalidades em virtude do agir e pela falta de agir dos agentes estatais (inconstitucionalidade por omissão). Não somente a possibilidade de um juiz decidir no caso concreto quanto a qualquer inconstitucionalidade, mas também a amplitude de instrumentos jurídico-processuais previstos constitutivamente com a instituição da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI (por ação e por omissão)¹⁵⁹, pela Arguição

¹⁵⁸ A experiência brasileira não revela uma prática voltada à teoria estadunidense dos direitos fundamentais. O nosso modelo de jurisdição constitucional, implantado a partir de 1891, recebeu forte influência do modelo difuso implementado nos Estados Unidos da América. Mas o nosso direito constitucional não se aproximou efetivamente da atividade jurisdicional presente nesse modelo derivado do *commow low* onde o direito se desenvolve mais por meio de decisões judiciais do que mediante atos legislativos ou executivos. Diferente do que sempre ocorreu nos E.U.A, no Brasil a concepção liberal esteve presente em um modelo normativista influenciado pelo *civil low* e, segundo Krell, o perfil dominante sempre foi o “liberal-individualista-normativista” (KRELL, 1999, p. 249), como influência do constitucionalismo francês.

¹⁵⁹ A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn (por ação e por omissão), é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, encontra-se

de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF¹⁶⁰ e pelo Mandado de Injunção - MI¹⁶¹, arrasta e compele o Poder Judiciário a

regulada por meio da Lei Federal 9.868/99 e prevista constitucionalmente na alínea (a), inciso I do art. 102 da Constituição, juntamente com a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, e com efeitos temporais e extensivos previstos no art. 27 da citada lei e também no § 2º do art. 102 e no § 2º do art. 103, que respectivamente dispõem que: a) As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; e b) Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹⁶⁰ A Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal desde a promulgação da emenda constitucional nº 03/93, para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei, foi regulamentada por meio da Lei Federal 9.882/99 e ampliou significativamente os *mecanismos de garantia do comando político-jurídico* da Constituição. Pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal em dois casos, conforme definidos respectivamente do *caput* e no § único do art. 1º da citada lei: a) para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; ou b) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. É uma ação que apresenta caráter subsidiário ao disciplinar no § 1º de seu art. 4º que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Quanto aos seus efeitos, nada ficou definido constitucionalmente, sendo que o art. 11 da lei estabelece os efeitos temporais e extensivos e o art. 10 disciplina que: julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

¹⁶¹ O mandado de injunção é uma das garantias constitucionais que, como ação constitucional usada em um caso concreto, individualmente ou coletivamente e está previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Vítima dos motivos da sua própria criação que objetivou suprir omissões normativas – o que denuncia a sua própria importância - ainda não possui norma que regulamente e estabeleça seu procedimento; por isso a

abandonar uma postura de abstenção na realização do *comando político-jurídico* da Constituição que esteja amparada no entendimento de que a função do Judiciário no controle jurisdicional de constitucionalidade consiste exclusivamente na anulação de leis consideradas inconstitucionais.

Uma decisão judicial que trate de forma distinta os direitos, que pertencem a um mesmo *regime jurídico* (individuais e sociais) e que negue aplicabilidade imediata a um direito fundamental sob o argumento de que existe a necessidade de um comando legislativo infraconstitucional, ou sob a alegação de que há impossibilidade de o Judiciário expedir mandados que lhe atribuam efetividade por entender que o comando constitucional somente se dirige ao Executivo e ao Legislativo, age contra a própria Constituição brasileira. Esta postura de inconstitucionalidade do Poder Judiciário fica mais clara quando, no momento em que é provocado por instrumentos próprios para suprir omissões constitucionais dos poderes Executivo e Legislativo, se escuda no entendimento de que somente pode reconhecer a inconstitucionalidade comunicando a situação ao órgão inadimplente.

Se esta defesa absentista tivesse razão de ser, então não haveria motivos para declarar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nem para um amplo leque de possibilidades processuais em um duplo critério de controle de constitucionalidade, mecanismos estes que identificam um sistema mais centrado na defesa de direitos e não um sistema centrado no cumprimento da lei. Um Poder Judiciário excluído da objetividade conferida aos direitos fundamentais, como se não fosse instituição submetida à tarefa de efetivar de todos os direitos constitucionais e que somente está vinculado à função de legislador negativo, traduz um sistema centrado na lei e não na defesa de direitos, e este não é o sistema da Constituição de brasileira.

A manifestação exigida do Legislativo e do Executivo não desincumbe o Poder Judiciário. Como organismo do Estado, está este vinculado ao *comando político-jurídico* e a ele cumpre a tarefa de possibilitar a efetivação da Constituição e precipuamente dos direitos

jurisprudência e a doutrina têm, por analogia, aproveitado o procedimento previsto para o seu congêneres – o mandado de segurança (Lei n. 1.533/51) –, no que for cabível. Nessa mesma linha, a Lei 8.038/90 que instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e o STF, determina, no art. 24, parágrafo único, que "No mandado de injunção e no habeas corpus, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica".

fundamentais. Especialmente quando os outros órgãos não realizam as ações necessárias para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais é que se releva o papel fundamental, que deve exercer o Judiciário para suprir a lacuna que impede a realização da Constituição.

A dimensão objetiva que compreende a vinculação do Judiciário a um dever de respeito e compromisso com as *diretrizes* estatais e com os direitos fundamentais individuais e sociais – em virtude do *regime jurídico* que é conferido aos direitos prestacionais – não deve encontrar obstáculo em uma construção dogmática: a *separação de poderes*, calcada em uma concepção individualista que tem sua gênese no constitucionalismo clássico do Estado liberal, tratado no início deste trabalho. Este dogma teórico deve render-se e adequar-se a uma necessária reformulação que acompanhe as modificações do Estado constitucional quando este passa a abrigar direitos sociais, especificamente no caso brasileiro, em que foram atribuídas competências de índole jurídico-processuais que se amoldaram às exigências de construção de um Estado social, historicamente atrasado na realização das promessas da modernidade e das funções estabelecidas por sua Constituição.

Assim, a partir de 1988 também a opção por um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, aliado ao difuso - já tradicional do nosso direito - com o estabelecimento de objetivos (*diretrizes*) que indicam o caminho de formação de uma sociedade vinculada a uma *concepção social de Estado* e do estabelecimento um *regime jurídico* dos direitos fundamentais individuais e sociais com aplicabilidade imediata, forma-se o *comando político-jurídico* da Constituição brasileira que passou a exigir modificações nos paradigmas doutrinários brasileiros relativos ao direito constitucional.

4.4 O SENTIDO IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E SUAS FUNÇÕES

A compreensão sobre qual campo da teoria jurídica é mais adequado à Constituição brasileira – tarefa esta que realizaremos no próximo capítulo - deve ser entendida a partir de seu *comando político-jurídico* que denuncia claramente seu *sentido ideológico* o qual, por sua vez, possibilita a identificação das funções exercidas pela Constituição, que serão conceituadas à frente e nos adiantamos em anunciar como: *função conservadora*, *função construtora* e *função conformadora*. Este

aspecto ideológico que forma a Constituição e todo o ordenamento que a ele subjaz, inclusive a interpretação que se faz dele por meio da utilização de teorias jurídicas, é entendido como um conceito axiológico sobre o qual a linguagem exerce importante papel. Assim, é preciso entender que na Constituição brasileira encontra-se uma mensagem ideológica que forma um *núcleo duro*, que não é igual em todas as constituições, e que muitas vezes pode ser contrário à ideologia do intérprete e à forma como ele realiza a interpretação. Conforme explicita Grau (2008) ao pronunciar-se sobre a avaliação crítica do direito

Força é ver, contudo, que, assim como o *direito posto* é sempre expressão de uma *ideologia*, toda a interpretação ou análise do *direito posto* envolve, em quem a pratica, expansões ideológicas (suas). Assim, os pensamentos não são completamente livres, na medida em que nem as ciências, nem a prudência, são neutras. Embora seja assim, cumpre aos críticos do direito procurar analisar os *direitos postos* sem preconceitos ideológicos, procurando não ignorar as mensagens ideológicas cristalizadas no nível normativo (porque o nível normativo é, sempre, veiculador de mensagens ideológicas). (GRAU, 2008, p. 158, grifo do autor)

O que o autor chama de *mensagens ideológicas cristalizadas no nível normativo*, é o que preferimos chamar de *núcleo duro da Constituição* e é definidor de suas funções. Este *núcleo duro* sempre está presente em todas as constituições rígidas, que exigem processos solenes para sua modificação e mantém um conjunto de dispositivos inderrogáveis os quais têm relação direta com a definição dos objetivos do Estado, na conformidade da contextualização histórica da sua promulgação. A percepção sobre as características de uma Constituição, com o intuito de esclarecer qual teoria de interpretação lhe é mais adequada, somente tem sentido a partir de uma análise preliminar sobre o momento e lugar em que vige. Neste sentido, Gomes Canotilho profere o entendimento de que "[...] a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país." (CANOTILHO, 2001, p. 154). Assim, o aspecto ideológico, o qual contribui para a definição das funções da Constituição brasileira, deve ser interpretado a partir de uma contextualização que tem seu

início já nas primeiras tentativas de formação de um Estado social no Brasil.

Neste caminho, a possibilidade de consolidação de direitos sociais no Brasil, iniciados a partir da positivação na Constituição de 1934, sofrera duros reveses que se iniciam como a própria derrubada dessa mesma Constituição, três anos após, seguida da *política paternalista e sufocadora* dos anseios e lutas populares realizada pela política populista implantada pelo Estado Novo, que teve sequência nos governos que se seguiram até 1964 e culminaram com o período de *sufocação sem paternalismo* da ditadura militar. No momento em que a Europa consolidava seu projeto de Estado de bem-estar social, e realizava o esforço para construção de uma teorização jurídica, que oferecesse resposta a essa nova situação, o Brasil foi vítima de mais um momento de sua tragédia constitucional com a imposição de um Estado totalitário em política e liberal em economia a qual abortou a possibilidade de um encontro ou aproximação mediata com o movimento político e econômico que consolidava a *concepção social de Estado*. A concepção ideológica dos setores políticos, que tomaram controle do Estado neste período pode ser traduzida na orientação de *fazer o bolo crescer, para depois dividi-lo*¹⁶², a qual demonstrou-se catastrófica, por aumentar a pobreza e elevar a concentração de renda, pois *a divisão não veio após o crescimento do bolo*.

A partir de uma mobilização empreendida a partir dos anos finais do regime totalitário foi possível à sociedade brasileira iniciar uma movimentação que teve por objetivo a proclamação, a garantia e a efetividade de direitos sociais e políticos que se identifica com a denominada cidadania social presente da Europa com o Estado de bem-estar social levado a cabo no período que se seguiu à Segunda Guerra

¹⁶² A autoria desta frase é creditada Antonio Delfim Netto, economista que, no período da ditadura militar, participou dos governos dos generais Castello Branco (1964-1967), no Conselho Consultivo de Planejamento (Consplan); Costa e Silva (1967-1969) e Medici (1969-1973), como ministro da Fazenda; e Figueiredo (1979-1984), como ministro da Agricultura e secretário do Planejamento, controlando, a partir da primeira metade de 1979, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central. Entretanto, os benefícios econômicos do período não atingiram pessoas de baixa renda, que tiveram seus salários reduzidos e sua participação na renda nacional decrescida de mais de 1/6 em 1960 para menos de 1/7 em 1970. Conforme *A Reunião que radicalizou a ditadura*. Folha de São Paulo. (<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5>).

Mundial. Tal movimento, de amplo caráter popular e participação democrática¹⁶³, traduziu-se na elaboração e proclamação da própria Constituição de 1988, consagradora de direitos que fazem parte do arcabouço de conquistas da humanidade, particularmente no aspecto da ocidentalização. Os direitos fundamentais nela inscritos – que englobam os direitos individuais no art. 5º e direitos sociais nos arts. 6º a 11, além dos direitos políticos e da nacionalidade nos arts. 12 a 17, denotam o seu caráter de vinculação à concepção de cidadania social pugnada por uma concepção que deriva da construção da noção teórica e prática de igualdade social realizada no Ocidente nos últimos cem anos e a configuram como uma Constituição social.

Mais especificamnte, sob o influxo da construção europeia do Estado social democrático de direito, o processo constituinte iniciado em 1986 recebeu influência da Constituição Portuguesa de 1976 (CUNHA, 2006, p. 233). Mas, avançando além do que estabeleciam as constituições sociais promulgadas a partir de meados do século XX, particularmente na Europa, a Constituição brasileira estabeleceu condições para o próprio funcionamento do modo de produção capitalista, o qual passou a sumeter-se a regras que principalmente limitaram o uso da propriedade privada ao interesse da gestão do patrimônio de bens coletivos. Desta forma, a principal característica ideológica que pode ser observada na Constituição brasileira é que, sem descartar os princípios regentes do sistema político e econômico capitalista, forjado sob os postulados do liberalismo, dá à propriedade contornos e limites que objetivam a proteção dos indivíduos contra as mazelas que são próprias de um sistema político e econômico que provoca ou contribui para a existência da pobreza em meio à abundância de recursos materiais.

¹⁶³ Além de uma ampla representatividade e participação popular, com várias categorias sociais levando suas reivindicações enquanto transitavam pelo Congresso Nacional, Adriano Pilatti lembra que durante o processo constituinte "No que se refere ao processo de elaboração da própria Constituição, que pode ser citado como parâmetro comparativo, o regimento da constituinte exigia, para a apresentação de emendas populares, 30 mil assinaturas. Hoje, temos a necessidade de 1% do eleitorado nacional, ou seja, 900 mil assinaturas" (PILATTI, 1993, p. 25). Conforme relato de Ulysses Guimarães, presidente da constituinte, diariamente 10.000 postulantes circulavam diariamente pelos gabinetes, comissões, galerias e salões do parlamento, e foram apresentadas 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas (BONAVIDES, 2002, p. 500).

Entretanto, foi no final da década de 80, quando novos influxos de característica liberal regiam as políticas macroeconômicas e sociais no mundo e as experiências socialistas do leste da Europa revelavam um profundo grau de esgotamento, é que o Brasil aprovou um modelo jurídico-constitucional de Estado com o objetivo central de distribuição e redistribuição da riqueza aliada a um compromisso com os valores da democracia ocidental.

Não foram poucos os ataques à Constituição de 1988 sob a concepção argumentativa de que seria anacrônica, por não estar amoldada à sua época. Persistindo esta concepção, aos brasileiros restaria conformar-se com a passagem de um Estado de anomalia constitucional, totalitário em política e liberal em economia, para um Estado constitucional liberal em política e em economia. Antes mesmo de sua promulgação, setores da atividade política do país já se manifestavam dizendo que o país se tornaria ingovernável com a nova Constituição¹⁶⁴. Os próprios constituintes, talvez sensíveis a este tipo de vaticínio, acrescentaram-lhe uma cláusula em que se possibilitava a modificação da Constituição, por meio de um processo ao qual deram o nome de *revisão constitucional*, cinco anos após a sua promulgação¹⁶⁵. Ficou aberta, durante o interstício de cinco anos, à possibilidade de um retorno aos moldes do liberalismo em termos sociais e econômicos. Entretanto, como se por meio da história se realizasse um desforço ao retrocesso, não foi isto que aconteceu. Pelo contrário, foram mantidas as bases ideológicas da Constituição de 1988, identificando que o liberalismo mostrou-se incapaz de ter condições, pela via democrática, de dar respostas seguras a questões fundamentais da convivência social.

Em que pese ter se fechado a janela, a qual possibilitaria uma transformação no *comando político-jurídico* da Constituição, e consequentemente no seu *sentido ideológico*, é necessário perceber que

¹⁶⁴ Antes mesmo de que a Constituição fosse promulgada, o então presidente José Sarney, opondo-se à característica social do projeto de Constituição, proferiu um discurso em 26 de julho de 1988, em que depois de declarar que a Constituição não era fim em si mesma e que teria de ser um instrumento consensual e não fonte de contestação ou divisor Sarney assinalou: "O Brasil corre também o risco de tornar-se ingovernável nas relações de trabalho, na família e na sociedade". (BONAVIDES, 2002, p. 498-499, grifo do autor).

¹⁶⁵ Conforme constou no Ato das Disposições Constitucionais transitórias da CF, no seu Art. 3º: A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

não ficou totalmente fechada a abertura à incorporação de novos preceitos e mesmo de uma possível interpretação dos dispositivos constitucionais que permitem adaptá-la a novas configurações a que está sujeita a sociedade durante a sua trajetória histórica. Oferecendo os contornos de uma *função conformadora*, o parágrafo 2º do art. 5º define a possibilidade de incorporação de outros direitos e garantias que não estejam expressas constitucionalmente, os quais podem ser incorporados a partir de tratados internacionais em que o Estado brasileiro os reconheça e também de por meio de uma interpretação jurídica que observe o regime e os princípios adotados pela Constituição¹⁶⁶. Como se pode perceber, esta permeabilidade à incorporação de direitos não é total, mas sim condicionada. É possível a extração de novos direitos e garantias por meio da constante interpretação jurídica que sempre se faz a partir de casos concretos, que são julgados e que se inserem na dinâmica social. Contudo, a necessária observação do regime constitucional e de seus princípios não significa outra coisa, senão uma interpretação sistemática que apresenta uma vinculação ao *núcleo duro* da Constituição, ou seja, ao conjunto de dispositivos inderrogáveis que guardam relação direta com a definição das *diretrizes* do Estado.

Mesmo com a revisão constitucional de 1993 e as emendas constitucionais que se seguiram desde então não foi possível, aos que agiam como detratores da Constituição, alterar o seu *núcleo duro* que está positivado nas chamadas cláusulas pétreas, dispostas no parágrafo 4º do seu Art. 60 e que incluem todos os direitos fundamentais, como também nos fundamentos da república definidos no art. 1º e nos objetivos do Estado brasileiro, definidos no art. 3º da Constituição. Primeiro não lhes foi permitido realizar tal alteração em virtude das circunstâncias políticas que os impediam, agora não pode ser feita simplesmente porque a Constituição não mais permite que seja feito.

É necessário entender que, apesar de que no inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição estar enunciado que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, não há como se realizar uma interpretação restritiva que não englobe neste dispositivo também os direitos sociais, ou seja, todos os direitos fundamentais, pelo motivo de que a constituição não colocou os direitos sociais um regime jurídico distinto

¹⁶⁶ Art. 5º § 2º da CF - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

dos direitos individuais, uma vez que conferiu a ambos aplicabilidade imediata e os incluiu no título dos direitos fundamentais. Seria, então, contraditório possibilitar que uns pudessem ser abolidos por meio de emendas constitucionais e os outros não pudessem. A partir disto, também seria atentatório aos direitos sociais qualquer intenção de abolir os dispositivos do art. 3º, os quais apresentam relação objetiva com a realização dos direitos sociais. Uma emenda constitucional não poderia, por hipótese, revogar a *diretriz* que define com objetivo do Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais, pois estaria contrariando a realização dos direitos sociais que são cláusulas pétreas. Assim como é proibida a abolição de direitos sociais, é também impeditivo ao poder constituinte derivado (ou reformador) revogar dispositivos do art. 3º da Constituição brasileira, podendo ser dito o mesmo em relação aos dispositivos contidos no art. 1º, que traçam os próprios fundamentos do Estado brasileiro. Se isto estivesse permitido significaria a possibilidade do Congresso Nacional – que encontra-se investido no poder constituinte derivado – transformar a Constituição brasileira em uma Constituição liberal, ou seja, em uma nova Constituição. Uma violação deste tipo não poderia ser entendida como outra coisa que não fosse um golpe na democracia e nas instituições do Estado¹⁶⁷. Esta impossibilidade de

¹⁶⁷ As limitações impostas pelo Poder Constituinte originário - exercido pela Assembleia Nacional Constituinte – ao Poder Constituinte derivado são limitações que o poder político fundamentado na soberania popular impõem ao poder jurídico exercido pelos órgãos estatais de deliberação. Sob este entendimento, são elucidatórias as palavras de Carlos Ayres Britto: "[...] a Constituição cria o Estado, dotando-o do poder de se completar por conta própria, sem, contudo, deixar que esse Estado possa trocar de Constituição. Limitação intrínseca insuperável, porque só uma Constituição pode trocar o Estado por outro. Não um Estado a trocar a sua Constituição por outra. E mais: o Direito feito **para** o Estado tem de permanecer o referencial do Direito feito *pelo* Estado, durante todo o tempo de vigência da obra que uma dada Assembleia Constituinte vier a promulgar" (BRITTO, 2003, p.48, grifo do autor). Isto não significa dizer que existe a impossibilidade de que a soberania popular se expresse de forma a rejeitar o tipo de Estado formado pela Constituição e preferir, por meio de um processo político (não jurídico) promulgar uma nova Constituição. Conforme também se esclarece por meio das palavras do mesmo autor: "Se acontece, porém, de uma determinada geração vir a avaliar que já não dá para prosseguir sob o império do Magno Texto, que força humana vai impedir que ela convoque uma nova Assembleia Nacional Constituinte? Sabido que a mais nova geração nacional é tão nacional quanto a primeira? Logo, nem é preciso esperar por uma segunda, ou

abolir dos direitos fundamentais (além de outras cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º da CF) e de revogar os dispositivos que definem sua aplicabilidade imediata, bem como os fundamentos e objetivos do Estado, positivados na Constituição brasileira, ou seja, os dispositivos que definem o *sentido ideológico do seu comando político-jurídico* é o que caracteriza sua *função conservadora*.

Tão grave quanto qualquer tentativa de derrogar o *comando político-jurídico* da Constituição é não realizá-lo por inércia da atividade dos órgãos e instituições estatais. De nada adianta a positivação de um *comando político-jurídico*, definido por meio do estabelecimento de um *regime jurídico* de aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, e pelo estabelecimento de *diretrizes* do Estado se, por qualquer motivação contrária à vontade disciplinada na Constituição, os órgãos e instituições estatais, por meio daqueles que exercem suas atribuições, se recusarem à sua vinculação e realização. As características da Constituição brasileira, já assinaladas, conferem às *diretrizes* e às normas de Direitos Fundamentais não somente um caráter atributivo, mas um caráter imperativo de direitos que impõem caráter de obrigatoriedade ao agir estatal – em todo o desenvolvimento de suas funções. Assim, mesmo uma inatividade judicial ou a utilização de uma teoria jurídica que leve à relativização das *diretrizes* constitucionais ou à impossibilidade de realização efetiva dos direitos fundamentais, não é menos um golpe na democracia e nas instituições do Estado do que a expressa revogação legislativa destes dispositivos constitucionais¹⁶⁸. Além disso, Constituição também tem a característica de ser *dirigente* vinculando todos os poderes estatais, Executivo, Legislativo e também o Judiciário na realização dos objetivos definidos constitucionalmente.

E aqui, é merecido um esclarecimento sobre o que entendemos por Constituição dirigente, em virtude de que a terminologia deriva inicialmente da construção teórica realizada pelo expoente da literatura

por uma terceira, ou por uma quarta geração – quantas sejam – no interior de uma única nação, para, e só então, se colocar o problema da revogação constitucional. (BRITTO, 2003, p. 71-72).

¹⁶⁸ Sob entendimento similar Britto observa ser curioso "[...] que os defensores da interpretação *light* ou abrandada das cláusulas pétreas está convencida de que esse tipo de exegese tem o mérito de colocar a própria Constituição a salvo de uma *quartelada*, uma aventura armada, um golpe militar ou coisa que o valha. Como se a desnaturação, ou, pior ainda, a supressão pura e simples de uma cláusula pétrea **não fosse por si mesma um golpe**. Afinal, para a Magna Carta, que diferença faz entre golpeadores assumidos e golpeadores enrustidos [...].(BRITTO, 2003, p. 84, grifo do autor).

constitucional portuguesa, Gomes Canotilho – que teria influenciado a feitura da Constituição brasileira¹⁶⁹ -, com a obra, *Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador* (CANOTILHO, 2001). Esta serviu, fundamentalmente, de arcabouço teórico para conferir efetividade às conquistas e direitos descritos na Constituição portuguesa de 1976 conferindo-lhe força normativa¹⁷⁰, e foi desenvolvida em um ambiente que não leva em consideração especificidades da Constituição brasileira de 1988. Por este motivo, por exemplo, é possível entender por qual motivo Canotilho apresenta restrições ao judiciário no suprimento de lacunas normativas derivadas de omissões constitucionais do legislador (CANOTILHO, 2001, p. 340-341)¹⁷¹, posição esta que não

¹⁶⁹ Canotilho, lembra que a observação que lhe foi feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que sua tese de doutoramento *Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador*, foi um dos responsáveis pela decisão constituinte de 1988 a favor de uma constituição dirigente e/ou programática, do que, conforme o professor da Universidade de Coimbra não pode-se deduzir responsabilidade política de sua parte “[...]mas apenas uma cumplicidade teórico-dogmática relativamente à textura teleológica e programática da Constituição Brasileira de 1988”. (CANOTILHO, 2006, p. 102).

¹⁷⁰ Como bem explicita o próprio professor Canotilho “[...] tínhamos uma Constituição que incorporava grandes conquistas e valores profundamente democráticos e se tinha que elaborar um discurso capaz de conferir-lhe força normativa, a força normativa própria do direito [...]”. (CANOTILHO, 1998, p. 33).

¹⁷¹ Conforme Canotilho: “[...] julga-se que quando hoje se defende a *pretensão à legislação* e o correspondente *direito de acção* perante os tribunais (ou tribunal especial) não se conclui pela substituição do juiz ao legislador com a consequente emanação judicial de uma norma nem pela correção, a título incidental, da omissão legislativa. A acção limitar-se-ia a pedir aos tribunais a <<condenação>> do legislador à emanação de uma norma ou a fixação do seu dever constitucional de legislar em determinado caso concreto. Afastam-se, pois, de acordo com o primado de concretização legislativa, quaisquer <<mudanças de funções>> ou qualquer <<princípio de subsidiariedade de concretização judicial>>.” (CANOTILHO, 2001, p. 340-341, grifo do autor). Entretanto, é necessário ilustrar que Canotilho não apresenta em seu posicionamento uma rigidez ou segurança sobre a impossibilidade de que o juiz possa suprir omissões inconstitucionais quando diz que “[...] é admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração [...]”. (CANOTILHO, 2001, p. 296-297).

deve ser transposta, sem a devida filtragem, para a realidade constitucional brasileira¹⁷², a qual apresenta *mecanismos de garantia* diferentes dos que se acham inscritos na Constituição portuguesa.

Apesar desta exígua harmonia, é substancial o fato de que Gomes Canotilho aponte duas funções para a Constituição: "[...] a garantia do existente [...]" e também "[...] um programa ou linha direcção para o futuro" (CANOTILHO, 2001, p. 151), sem deixar também de inferir que deve estar aberta ao futuro. Reconhece que [...] a constituição não é só uma <<abertura para o futuro>> mas uma tarefa normativo-material, um projecto material vinculativo, cuja concretização se <<confia>> aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito" (CANOTILHO, 2001, p. 302, grifo do autor). Esta convicção ou mesmo um postulado do constitucionalista português, corrobora nosso entendimento sobre a existência de uma *função construtora* ao lado da *função conformadora*, as quais derivam de uma mesma projecção para o futuro. Ao mesmo tempo em que a Constituição deve possibilitar a internalização de elementos que, a princípio, lhes são externos, conformando o sistema jurídico constitucional a mudanças significativas na sociedade, ela também tem a função de contribuir para a construção um tipo idealizado

¹⁷² Nas explicações que realiza quanto à revisão feita em sua obra a partir do prefácio à segunda edição de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (CANOTILHO, 2001), em que expõe que a Constituição dirigente estaria *morta*, Canotilho declara expressamente – em encontro, em forma de *workshop*, articulado desde o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná com a participação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - que as constituições dirigentes “[...] devem continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias” (CANOTILHO, 2003a, p. 39), e também que compreende perfeitamente que “[...] quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil”, e que – tendo em consideração a posição de Portugal na Europa comunitária - “[...] no Brasil, a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é a carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política” (CANOTILHO, 2003a, p. 35). Este entendimento deixa claro que a concepção de Constituição dirigente levada a cabo em Portugal não deve ser transposta para o Brasil sem a devida filtragem, como também não devem ser as ideias relativas à atuação do Judiciário frente às lacunas normativas.

de sociedade, exteriorizando o que lhe é interno de forma a modificar o ambiente social em que atua. Contudo, estas duas funções não se realizam de forma adequada se não observam a *função conservadora* que, juntamente com as outras duas, são delineadas pelo do *comando político-jurídico* da Constituição.

A inviolabilidade do *núcleo duro* da Constituição brasileira, que se traduz como seu *sentido ideológico*, somente acontece com a inderrogabilidade e obediência ao seu *comando político-jurídico* que dirige e exige a construção de um Estado social, e constitui-se na tarefa principal e elementar que deve ser realizada também por meio da utilização de uma teoria jurídica, construída ou adaptada, que lhe seja adequada. Por este motivo, não se pode querer transpor ou unificar teorias de interpretação e aplicação constitucional sem a filtragem necessária que leve em consideração as diferentes *diretrizes* e *regimes jurídicos relativos aos direitos individuais e sociais*, além de diferentes *mecanismos de garantias* estabelecidos constitucionalmente.

CAPÍTULO 5

UMA TEORIA JURÍDICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Sem que seja pretensão deste trabalho realizar uma teoria jurídica acabada, pretendemos fornecer elementos para a formação de uma teoria que seja adequada para a interpretação e aplicação da Constituição brasileira em virtude da tipologia de Estado à qual se vincula, e das características particulares que apresenta. Com este intuito, já realizamos uma análise preliminar de teorias jurídicas criadas em outros ambientes, as quais têm sido propostas como modelos teóricos adequados a países europeus que têm constituições que, assim como a brasileira, apresentam as generalidades das constituições sociais. Assim, já indicamos de que o *garantismo*, ao contrapor-se ao *juspositivismo normativista*, realiza um tratamento jurídico igualitário entre direitos individuais e direitos sociais possibilitando o enquadramento de todas as constituições que incorporam os direitos sociais como fundamentais, na segunda fase da *concepção social de Estado*. Também demonstramos, que a derrogação de princípios realizada pelo *principialismo*, por meio do método ponderativo, pode obscurecer e debilitar o valor vinculante não somente dos *direitos fundamentais*, mas também de *diretrizes* constitucionais.

Entretanto, sem que se contrarie o entendimento acima, não é correto afirmar que seja adequado um único método de interpretação e aplicação do direito a toda e qualquer Constituição social. Exemplificadamente, como já dissemos anteriormente, os esforços teóricos e jurisprudenciais realizados na Alemanha guardam relação com sua própria história jurídico-constitucional, ao que acrescentamos também que esta atividade é balizada pela cultura jurídica construída neste país. E o mesmo ocorre em lugares onde, assim como na Alemanha, seus sistemas jurídicos contam com estatutos rígidos, reconhecidos como constituições sociais, em um sistema de codificação legal (*civil law*), de que são exemplo a Espanha, Portugal ou Itália. Entretanto, esta indeterminação é somente parcial uma vez que, conforme pudemos constatar, dois parâmetros preliminares devem ser considerados na determinação da adequação de uma teoria ou método de interpretação jurídica: a) o *juspositivismo normativista* limita a atividade jurisdicional no controle de constitucionalidade quando se envolvem normas de direitos fundamentais, criando obstáculo à realização efetiva do *comando político-jurídico* definido nas constituições sociais; b) deve ser

evitada a xenofilia que leva à transposição mecânica de teorias jurídicas forjadas em Estados sociais, que apresentam cultura jurídica distinta ou *comando político-jurídico* constitucional que não seja assemelhado.

Uma possível desatenção ao primeiro parâmetro parece não estar apresentando graves problemas em países em que têm constituições sociais, entre eles o Brasil, onde existe um visível trabalho acadêmico, refletido na atividade judicial, que aponta para a incorporação de modelos teóricos que buscam superar os limites do *juspositivismo normativista*. Mas, o mesmo não pode ser dito em relação ao segundo parâmetro uma vez que a transposição mecânica de teorias, sem a necessária filtragem e ambientação jurídica, tem caracterizado a tonalidade da atividade acadêmica jurídica no Brasil no âmbito da interpretação constitucional.

É necessária uma aferição mais focalizada na adequação destas teorias, especificamente o *principialismo* e o *garantismo*, à percepção da realização de *diretrizes* e aplicabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais, os quais devem embasar todas as decisões judiciais restringindo, desta forma, a discricionariedade interpretativa do juiz de modo a conformá-la aos limites impostos pelo *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição. E se não estão, devem ser apontados os ajustes necessários para a formulação de uma teoria jurídica, que esteja sincronizada ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição brasileira, entendido como norma de reconhecimento que deve orientar as decisões judiciais.

5.1 O PRINCIPIALISMO E SEUS LIMITES FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A possibilidade de que o *principialismo* forneça a permeabilidade da Constituição à incorporação de novos preceitos, que permitem adaptá-la a novas configurações da sociedade aparenta ser a característica, que apresentaria a principal virtude do *principialismo* para toda e qualquer Constituição. Quanto a isto, lembramos as preocupações de Manero que estão menos focadas no caráter vinculativo das normas de direitos fundamentais ou das *diretrizes*, do que na permeabilidade da Constituição aos valores decorrentes de um processo deliberativo.

Isto poderia indicar que a ponderação poderia auxiliar a *função conformadora* da Constituição brasileira. Entretanto, no caso brasileiro, o grau de abertura possibilitado pelo método ponderativo contraria o grau de permeabilidade à incorporação de direitos pela Constituição, que

conforme já observado, não é total, mas sim condicionado pelo § 2º do art. 5º da CF. A *função conformadora* se realiza por meio de atos legislativos (tratados internacionais) e de uma interpretação jurídica sistemática que deve observar o regime constitucional e seus princípios, ou seja, o *núcleo duro* da Constituição constituído pelo conjunto de dispositivos inderrogáveis, que guardam relação direta com a definição dos objetivos do Estado.

Para a utilização do método ponderativo, como forma de incorporar direitos, deve-se antes realizar uma distinção quanto às características dos sistemas jurídicos existentes. Sistemas que contam com constituições flexíveis (ex. Suíça), que podem ser alteradas mediante o mesmo processo utilizado para alterar a legislação ordinária ou, ainda, que são modificadas por meio de decisões judiciais (como nos países do *commow law*, de que são exemplos clássicos a Inglaterra e os EUA)¹⁷³, não teriam problemas na utilização do método ponderativo. Mesmo a Alemanha, que conta com uma Constituição rígida, mas com uma cultura jurídica forjada na *jurisprudência de valores* isto não parece ser problemático. Entretanto é necessário que não sejam violados sistemas jurídicos que apresentam Constituições rígidas, sem tradição em uma cultura jurídica baseada na ponderação valorativa – como é o caso brasileiro – por meio da transposição de teorias jurídicas sem a devida ambientação.

É interessante notar que, inclusive, os próprios teóricos forâneos podem estar contribuindo para uma colonização teórica no meio jurídico brasileiro sem prestar atenção nas particularidades da Constituição brasileira e da cultura jurídica à qual esta pertence. Como suporte a esta afirmação identificamos que, apesar de ter desenvolvido sua teoria para o ambiente jurídico alemão, Alexy (1999), ao ser tido como referência por acadêmicos ligados à vertente principialista no Brasil, foi levado também a comprometer-se com uma análise teórica quanto à aplicação de sua teoria no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Nesta análise, tem como premissa, que na atualidade, a maioria das constituições contém um catálogo de direitos fundamentais e que isso, obrigatoriamente, leva a colisões de direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 269). Para o jurista alemão a ponderação pode dar solução às colisões entre direitos fundamentais e recomenda claramente a

¹⁷³ Sobre a questão da criação jurisprudencial do direito, Cappelletti (1993, p. 111-134) desenvolveu importante análise em que identifica como esta ocorre de forma original nos país da cultura jurídica do *commow law*.

transferência teórica, relativa à forma que propõe quanto à vinculação dos direitos fundamentais sociais na Alemanha quando, opondo uma *teoria dos princípios* a uma *teoria das regras*, expõe que a utilização de solução jurídica no âmbito da validade (do *juspositivismo*) impossibilita a vinculação e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição brasileira, além de resolver problemas derivados dos termos vagos, valorativos e controvertidos das normas de direitos fundamentais que podem levar à colisões. Conforme expõe Alexy:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais que devem ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara que as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma "reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade". Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação. (ALEXY, 1999, p. 279, grifo nosso).

Em vista de que muitos preceitos da Constituição de 1988 foram inspirados na Lei Fundamental de 1949, a dogmática jurídica alemã pode ser referência para o Brasil. Mas isso não se aplica aos direitos fundamentais, principalmente os sociais, uma vez que estes não constam na Constituição alemã e porque também não existe no Brasil uma construção e efetiva tradição ligada a uma doutrina e atividade

jurisdicional de cunho valorativo, como acontece com a jurisprudência dos valores construída na Alemanha. Procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em culturas jurídicas diferentes e sistemas jurídico-constitucionais diferentes, por meio de uma transposição mecânica¹⁷⁴.

O temor de Alexy de não vinculação das normas de direitos fundamentais sociais no Brasil acontece justamente por ele não confiar, ou não estar seguro, da vinculação realizada pelo § 1º do art. 5º da Constituição brasileira quanto aos direitos fundamentais sociais (ALEXY, 1999, p. 274)¹⁷⁵, situação esta que levaria a uma pressão para que fossem reconhecidos como meros princípios programáticos. Ao lado disto, Alexy também aparenta não entender que as *diretrizes* da Constituição, estabelecidas nos arts. 1º e 3º, possam apresentar caráter vinculativo no âmbito do *juspositivismo*. Por estes motivos entende que a *teoria dos princípios*, em que utiliza a ponderação, se apresenta como solução para o problema que visualiza a partir de uma possível falta de vinculação de princípios, que enunciariam direitos fundamentais sociais.

Se estas são as justificações que apresentam a ponderação como uma alternativa aos limites do *juspositivismo* quanto à colisão e vinculação a direitos fundamentais, e também à permeabilidade da Constituição então, como se verá, não está demonstrada suficientemente a necessidade de utilização do método ponderativo no Brasil. O remédio (ponderação) foi recomendado, sem que antes se realizasse um

¹⁷⁴ Andreas Joachim Krell lembra que, ainda que os textos e procedimentos jurídicos fossem os mesmos, seriam "[...] capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira". (KRELL, 1999, p. 244).

¹⁷⁵ Conforme esclarece Alexy: "Também no Brasil o caminho de uma declaração de não vinculação de todos os direitos fundamentais deveria ser intransitável, porque o art. 5º, alínea I, declara, pelo menos, as prescrições de direitos fundamentais desse art. como diretamente aplicáveis. [...] Poder-se-ia achar que a justiciabilidade não precisa ser total ou ampla. Assim, por exemplo, a cláusula de vinculação do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, está nos direitos de defesa clássicos e não nos direitos fundamentais sociais. Tal poderia ser entendido como convite a isto, declarar os direitos fundamentais sociais como não-justiciáveis. A não justiciabilidade, nisto, poderia estender-se a todos os direitos fundamentais sociais ou a alguns da respectiva constituição". (ALEXY, 1999, p. 274, grifo nosso).

cuidadoso diagnóstico e sem que fossem destacados seus efeitos colaterais.

É necessário ter em consideração uma análise mais precisa quanto ao *regime jurídico* dos direitos fundamentais no Brasil, onde não há distinção jurídica entre direitos sociais e individuais, os quais têm o mesmo *regime jurídico* de aplicabilidade imediata. A disposição normativa da Constituição é taxativa neste sentido e a inobservância deste aspecto pode levar à desnecessária e temerária busca por uma teoria jurídica que possa fornecer a vinculação, sem que se atente para os problemas que podem derivar do reconhecimento de que o texto constitucional não vincula a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais. Pode ser que, a partir deste reconhecimento, se abra espaço para a utilização de teorias que passem a relativizar o exercício e garantia dos direitos fundamentais, como faz a teoria do método ponderativo.

O problema fundamental derivado da utilização da ponderação é que sempre se abrirá mão de alguma coisa, ou seja, sempre se abrirá mão de direitos ou da realização de um objetivo do Estado. Portanto, a ponderação de direitos fundamentais e das *diretrizes* sempre fará com que se abra mão de algum direito fundamental ou de uma *diretriz*, na sua totalidade ou em parte. Em uma possível situação na qual se torne recorrente nas decisões dos órgãos encarregados do controle de constitucionalidade a atribuição de maior peso a um direito individual do que a um direito social, acabaria por se configurar a corrupção do caráter social da Constituição. Por sua vez, a derrogação ou mitigação de *diretrizes* como, por exemplo, as que estabelecem o objetivo da república de "erradicação da pobreza" (art. 3º, inciso III da CF) e o fundamento "valores sociais do trabalho" (primeira parte do inc. IV do art. 1º, da CF), pode acontecer ao se atribuir maior peso a uma lei que, por meio da justificativa de proteção à livre iniciativa (mercado) - (segunda parte do inc. IV do art. 1º, da CF), contribua para o aumento da pobreza. Esta falta de rigidez e consequente enfraquecimento do caráter e sentido deontológico, tanto das *diretrizes* quanto dos *direitos fundamentais*, configura a subversão do *comando político-jurídico* da Constituição, com submissão do seu *sentido ideológico* às razões do intérprete derivadas de sua própria ideologia e das situações contingentes – políticas e econômicas - privilegiando e reforçando meramente uma *função conformadora* em detrimento das funções *conservadora* e *construtora* da Constituição.

Por fim, se esclarece que os argumentos expostos também contribuem para o entendimento quanto à existência do caráter

vinculante dos direitos fundamentais e quanto à possibilidade de adaptação (conformação) da Constituição, sem que seja necessário o recurso ao método ponderativo sob a justificação de falta vinculação dos direitos fundamentais. No *regime jurídico dos direitos fundamentais* no Brasil, não há distinção entre direitos sociais e individuais, os quais têm aplicabilidade imediata e, portanto, vinculam todos os poderes estatais de forma a impedir que, por meio da relativização de *diretrizes* constitucionais e direitos fundamentais, as gerações presentes amputem as mãos das gerações futuras¹⁷⁶.

5.2 AS VIRTUDES DO GARANTISMO FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Conforme já fora observado, o *garantismo* é uma teoria jurídica que ultrapassa os limites e insuficiências do *juspositivismo normativista* e realiza uma construção teórica, que auxilia na resolução de dois problemas não convergentes: um deles oferecido pela insuficiência da relação de *causalidade jurídica*¹⁷⁷ do *juspositivismo normativista* na aplicação dos direitos fundamentais, e o outro decorrente do método ponderativo do *principalismo* em razão da proposta de utilização da ponderação, que pode levar à corrupção do caráter social da Constituição e à subversão de seu *comando político jurídico*.

A ambos os problemas, apresentados pelo *juspositivismo normativista* e pelo *principalismo*, o garantismo possibilita resoluções por meio do reconhecimento da existência relação de *atuabilidade*, quando utilizada no ambiente que conta com os dispositivos normativos, que definem o *regime jurídico dos direitos fundamentais* e *mecanismos de garantia do comando político-jurídico* da Constituição brasileira. No reconhecimento de existência de uma expectativa de direito (*situação jurídica*), como figura deontica a partir da qual é possível sua *atuação* -

¹⁷⁶ Conforme expressão utilizada por Ferrajoli (FERRAJOLI, MANERO, 2012, p. 84).

¹⁷⁷ Na relação de *causalidade* o *dever ser* reside no nexo de implicação entre *ato (fato)* e *efeito* – interpretado restritivamente como relação entre ilícito e sanção. Decorre disto uma limitação que impede que se encontre em normas de direito fundamental um *antecedente* (suposto de fato), que possibilite uma conexão com o *consequente* (consequência jurídica), previsto no enunciado destes direitos, em virtude do grau de indeterminação e generalidade do próprio *antecedente*, ou mesmo pela indeterminação do *consequente* por falta de clareza de qual é a sanção pelo descumprimento.

ou seja, o seu cumprimento ou sua violação - se resolve o problema da vinculação e exigência de direitos fundamentais, as quais se encontram debilitadas tanto na teoria *juspositivista* como na teoria *principlista*. A imperatividade dos direitos fundamentais, possibilitada pela relação de *atuabilidade*, impede que deixem de ser exigidos ou que sejam derogados total ou parcialmente.

Mas, apesar de sua contestação às teses do *juspositivismo normativista* e do *principlismo*, é quanto ao método ponderativo que a teoria garantista reserva alargamentos teóricos em suas objeções. Conforme se depreende do que já fora explanado até aqui, Ferrajoli opõe-se à ideia de que um direito fundamental possa ser entendido como um princípio que se iguala a um valor, sob a compreensão de que isto o faria ponderável frente a outros direitos fundamentais, seja na forma proposta por Atienza e Manero, os quais propõem que, em caso de colisão, um *princípio em sentido estrito* possa ter maior peso do que outro, dependendo da situação concreta, ou como faz Alexy na sua proposta de que sejam cumpridos, como *mandamentos de otimização*, em maior ou menor grau de intensidade. Para Ferrajoli, Direitos possuem um sentido deontológico, são vinculantes e exigíveis quando violados, e devem ser cumpridos objetivamente por quem se encontra encarregado da sua garantia e realização e por este motivo são normas que consistem em regras (FERRAJOLI, 2011b, p. 689) que, diferentemente de simples valores não podem ser ponderados¹⁷⁸. E também, para a teoria garantista não há como derogar total ou parcialmente um direito, modificando o seu conteúdo, mesmo que momentaneamente. É esperado que a própria Constituição tenha estabelecido limites ao exercício de direitos fundamentais ou que a legislação infra-constitucional a faça, observando as particularidades dos *direitos primários* que são necessidades ou interesses vitais, e dos *direitos secundários* que apresentam característica instrumental.

Objetivamente, não há como adaptar os direitos fundamentais da Constituição brasileira a princípios que representam valores. Ao tratar

¹⁷⁸ Habermas, ao discordar de Alexy quanto ao caráter de valor que atribui aos direitos fundamentais, contribui para este entendimento sob a compreensão de que as normas "[...] surgem como uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas [...]" (HABERMAS, 2003, p. 316), enquanto que valores têm um sentido teleológico e [...] determinam relações de preferências, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor" (HABERMAS, 2003, p. 316).

dos direitos fundamentais, em seu título II, em nenhum momento se refere a valores fundamentais, mas sim a *direitos* fundamentais, sendo que este fato é impeditivo de que sejam relativizados por meio de ponderação ou que não constituam direito subjetivo sob o argumento de que são meros valores travestidos de princípios. Direitos, em termos da sua consecução e aplicação sempre incidem como regras que, se são válidas, devem ser observadas. A Constituição brasileira não conferiu poderes, a qualquer órgão, para que se abra mão de direitos fundamentais, na sua totalidade ou em parte, por meio de ponderação. Portanto, conforme já dito, qualquer relativização de direitos fundamentais, por meio da ponderação, leva necessariamente à subversão do *comando político-jurídico* da Constituição, que não pode ocorrer mesmo sob a deficiência ou fragilidade de garantias aos direitos fundamentais. O *comando político-jurídico* da Constituição apresenta um *sentido ideológico* ligado à noção de preservação da igualdade, que não é compatível com a possibilidade de derrogações de direitos por meio de ponderações, e encontra ressonância na tipologia dos direitos fundamentais proposta na teoria garantista, a qual inclui uma hierarquia entre *direitos primários* (individuais e sociais) e *direitos secundários* (direitos civis e direitos políticos) diferenciando ambos dos direitos patrimoniais¹⁷⁹. Esta coadunação, entre o *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição brasileira e a tipologia de direitos fundamentais do *garantismo* está registrada nos próprios argumentos que definem a tipologia, já explicitados anteriormente, e encontram reforço no entendimento de Ferrajoli de que enquanto os direitos fundamentais estão na base da igualdade jurídica, os direitos patrimoniais estão na base da desigualdade jurídica¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sobre a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais ver nota 136.

¹⁸⁰ Ferrajoli, além disso, também entende que os direitos patrimoniais, ao longo dos tempos passou a contar com técnicas de garantias mais eficazes do que os direitos fundamentais. Segundo o autor: [...] mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales – para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, há elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces – están en la base de la desigualdad jurídica (FERRAJOLI, 2011b, p. 718). Acrescentamos a isto o fato de que a próprio surgimento e trajetória dos Estados constitucionalizados, vinculados à tônica do capitalismo, pode explicar o fato de que as técnicas de garantias dos direitos

Também, quanto à sua tipologia normativa, o *garantismo* amolda-se à prescrição taxativa da Constituição federal, de que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º), contribuindo para sua *função construtora*. Isto se dá em virtude de que estes direitos são apresentados como *regras tético-deônticas* que dispõem de modo imediato prescrições associadas a um dado comportamento comissivo ou omissivo, bem como a faculdade, proibição e obrigação definíveis a partir deles e expectativas pela ação ou omissão decorrentes das faculdades, proibições e obrigações correspondentes. Assim, e em outros termos, dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais individuais e sociais, que apresentam caráter geral e com relativo grau de indeterminação, apresentam a prescrição de um comportamento imediato, constituindo-se em regras *tético-deônticas*. Dispõe uma figura deôntica associada a expectativas negativas ou positivas, que são elas mesmas uma *situação jurídica* que está configurada como *antecedente* cuja atuação é o *consequente*. Sob este entendimento, a maior parte dos direitos individuais são direitos subjetivos negativos que consistem em simples expectativa de não lesão, e os direitos sociais são, em sua maioria direitos subjetivos positivos, que consistem na expectativa positiva a prestações. Em ambos os casos há o entendimento de que se a um indivíduo é imputada uma expectativa equivale a dizer, que a outro indivíduo é imputada a obrigação correspondente por meio de uma ação ou omissão.

Disto decorre que da não atuação para realização das expectativas geradas pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, surgem situações de inconstitucionalidade por ação ou por omissão que – a princípio – devem ser supridas por meio dos *mecanismos de garantia* do *comando político-jurídico* da Constituição. Estes mecanismos, como já observamos, reconhecem a existência de inconstitucionalidades em virtude da ação ou da omissão dos agentes estatais e um duplo critério de controle da constitucionalidade, difuso e concentrado. Isto, no caso de violação a direitos fundamentais, não somente possibilita que um juiz decida no caso concreto, em qualquer ação judicial, quanto a qualquer inconstitucionalidade – seja ela por ação ou por omissão – mas também apresenta ainda outros *mecanismos de garantia*, como o do Mandado de Injunção – MI, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn (por ação e por omissão), e pela Arguição de Descumprimento de Preceito

patrimoniais receberam maior atenção do que as técnicas de garantias dos direitos fundamentais.

Fundamental – ADPF, que podem ser instrumentalizados para resolver inconstitucionalidades - por ação ou por omissão - em casos concretos ou em abstrato¹⁸¹. A questão fundamental quanto ao alcance destes *mecanismos de garantia* está menos no que prescrevem os dispositivos constitucionais ou legais, que os regulamentam, do que na teoria de interpretação e aplicação do direito que os utiliza, sendo necessário verificar como se comporta o *garantismo* frente às possibilidades oferecidas por estes instrumentos de controle de constitucionalidade da Constituição brasileira.

5.3 AS INSUFICIÊNCIAS DO GARANTISMO FRENTE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Pode-se objetar que a adequação da teoria de Ferrajoli, quanto à tarefa de realização de *diretrizes* e aplicabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais da Constituição brasileira, em que pese o vasto arsenal de *mecanismos de garantia* de seu *comando político-jurídico*, é insuficiente em virtude de que o teórico italiano não enxerga, que exista a possibilidade de suprimento de inconstitucionalidade por omissão em um caso concreto por meio de juízo singular ou coletivo, conforme já se pronunciou com relação à Constituição brasileira, ou ainda que o MI, a ADIn por omissão ou a ADPF não conferem ao juiz poderes para suprir lacunas normativas (FERRAJOLI, 2011b, p. 867).

Quanto a isto é necessário esclarecer inicialmente que Ferrajoli, após indicar genericamente a existência de dois tipos de garantia – *primária* e *secundária*¹⁸² - realiza especificamente a definição de dois

¹⁸¹ Quanto às características destas ações ver notas 158, 159 e 160.

¹⁸² Conforme indica Ferrajoli: "Chamarei de '*garantias primárias*', de '*primeiro grau*' ou '*substanciais*' as garantias de primeiro tipo, dirigidas precisamente a realizar uma efetividade dos direitos garantidos que é também primária, substancial ou de primeiro grau; '*garantias secundárias*', de '*segundo grau*', '*instrumentais*', '*processuais*' ou '*jurisdicionais*' as garantias de segundo tipo, orientadas a assegurar ao menos uma efetividade secundária, jurisdicional ou de segundo grau através da anulabilidade ou da responsabilidade pelos atos cometidos em violação às primeiras. (FERRAJOLI, 2011b, p. 631, grifo do autor, tradução nossa). No original: Llamaré '*garantías primarias*', de '*primer grado*' o '*sustanciales*' a las garantías del primer tipo, dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados que es también primaria, sustancial o de primer grado; y '*garantías secundarias*', de '*segundo grado*', '*instrumentales*', '*procesales*' o '*jurisdiccionales*' a las garantías del segundo

tipos de *garantias dos direitos fundamentais* que, em seu conjunto, equivalem às obrigações e proibições, que correspondem respectivamente às expectativas positivas e negativas garantidas¹⁸³ (FERRAJOLI, 2011b, p. 188): a) *garantias legislativas*; e b) *garantias constitucionais*. As primeiras são impostas por uma legislação constitucional débil ou implícita, implicando na obrigação de uma *legislação de atuação primária* ou *secundária*, no primeiro caso negativas (relacionadas principalmente a direitos individuais) e no segundo caso positivas (relacionadas principalmente a direitos sociais). (FERRAJOLI, 2011b, p. 867). As segundas são "[...] garantias de normas constitucionais substantivas estabelecidas, implícita ou explicitamente por normas constitucionais de competência"¹⁸⁴ (FERRAJOLI, 2011b, p. 866) e são divididas em duas classes que identificamos abaixo:

b.1) *garantias constitucionais primárias*:

[...] consistentes em normas de competência que impõem ao legislador, por um lado, a obrigação de produzir leis de desenvolvimento ou de garantia das normas constitucionais substantivas e, por outro, a proibição de modificar tais normas a não ser mediante um procedimento mais solene [...] (FERRAJOLI, 2011b, p. 867, tradução nossa).¹⁸⁵

b.2) *garantias constitucionais secundárias*:

tipo, orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional o de segundo grado a través de la anulabilidad o de la responsabilidad por los actos cometidos en violación de las primeras.

¹⁸³ No plano teórico, Ferrajoli entende que a ausência de garantias deve ser lida como uma indevida lacuna em relação à qual é obrigatório que seja suprida, sendo que no plano metateórico, acresce além deste papel apenas descritivo, também uma postura crítica em razão da existência de uma divergência entre os diversos níveis normativos do objeto da ciência jurídica. (FERRAJOLI, 2011a, p. 103).

¹⁸⁴ No original: [...] garantías de las normas constitucionales sustantivas establecidas, implícita o explícitamente, por normas constitucionales de competencia.

¹⁸⁵ [...] consistentes em normas de competencia que imponen al legislador, de um lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de outro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante um procedimiento agravado; [...]

[...] consistentes nas normas que confiam à jurisdição de constitucionalidade a anulação de normas legais constitucionalmente inválidas ou a constatação da omissão na produção legislativa de garantias primárias e secundárias dos direitos reconhecidos (FERRAJOLI, 2011b, p. 867, tradução nossa).¹⁸⁶

A Constituição brasileira demonstra estar afinada com a teoria garantista, tanto quanto ao aspecto da existência de *garantias legislativas*, quanto ao aspecto da existência de *garantias constitucionais primárias* negativas e positivas que consistem respectivamente na proibição, dirigida ao legislador, de produzir antinomias (normas constitucionais inválidas) e na obrigação de suprir lacunas normativas por meio da produção de leis que possibilitem o exercício de direitos prescritos constitucionalmente. Entretanto, conforme o autor, as *garantias constitucionais secundárias* consistem na atividade judicial de anulação das normas constitucionalmente inválidas, "[...] e somente excepcionalmente na obrigação, por exemplo, nas constituições portuguesa e brasileira, de assinalar, mas não de realmente reparar as lacunas". (FERRAJOLI, 2011b, p. 867, tradução nossa)¹⁸⁷. Na Constituição brasileira, as *garantias constitucionais secundárias* estão conformadas nas ações constitucionais já citadas, e também por meio da possibilidade de decisões quanto à constitucionalidade de leis quando aplicada em casos concretos, mediante o controle difuso de constitucionalidade. Como se vê, por meio de qualquer um destes instrumentos, conforme Ferrajoli, não poderia o Judiciário suprir omissões constitucionais, mas somente declará-las, enfraquecendo a *função construtora* da Constituição ao converter em *letra morta* as normas que estabelecem as garantias constitucionais por meio de institutos do processo constitucional, que servem para a análise e decisão de constitucionalidade *in abstracto* no controle concentrado de

¹⁸⁶ No original: [...] consistentes em las normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos.

¹⁸⁷ No original: [...] y sólo excepcionalmente em la obligación, prevista por ejemplo em las constituciones portuguesa y brasileña, de señalar, pero no en verdad de reparar, las lagunas.

constitucionalidade (ADIN por omissão e ADPF) e, por consequência, estendendo-se o alcance desta situação aos julgamentos de MI e demais ações em que são julgados casos concretos no controle difuso de constitucionalidade.

Esta questão é enfrentada com nossa discordância quanto a este posicionamento de Ferrajoli, fundamentalmente ainda sob o argumento de que não deve haver uma transposição mecânica de teorias, que foram gestadas em ambientes sociais distintos e com sistemas jurídicos, que contam com constituições que também estabelecem *comandos político-jurídicos* distintos. O teórico italiano estabelece sua teoria em um país europeu, que resolveu a maior parte de suas questões ligadas à modernidade - especificamente quando se referem aos direitos sociais. Também a desenvolveu em um ambiente jurídico que, diferentemente do brasileiro, não convive com o controle difuso de constitucionalidade, por meio do qual, qualquer juiz ou tribunal tem o poder de resolver questões de inconstitucionalidade em casos concretos, e que também não estabelece ações constitucionais, que têm como objetivo suprir a lacuna normativa quando há omissão das autoridades encarregadas de agir frente a *situações jurídicas* estabelecidas prescritivamente por normas de direitos fundamentais.

No Brasil, além de suas especificidades econômicas e sociais, que nos arrastam à necessidade de resolver profundas e seculares desigualdades sociais, contamos com uma Constituição que não deixa dúvida quando à atividade a ser exercida pelos três poderes da república na realização e vinculação obrigatória ao seu *comando político-jurídico*. O caráter imperativo, e não simplesmente atributivo, das normas de direitos fundamentais da Constituição brasileira não possibilita ao Judiciário deixar de tomar parte na submissão ao *comando político-jurídico* da Constituição, principalmente quando há a inadimplência dos demais poderes. A intervenção judicial para suprir lacunas normativas, principalmente quando disto depende a fruição de direitos fundamentais de qualquer tipo, é elemento fundamental da *função construtora* que está implicitamente definida na Constituição bastando, para este entendimento, uma análise sistemática do texto, que leve em consideração a existência de um *comando político-jurídico* e também a própria trajetória constitucional brasileira.

É neste ambiente, o qual se completa com a atividade jurídica desenvolvida desde os bancos das faculdades de direito até o momento da aplicação judicial, que se encontram os elementos que influenciam a formação da cultura jurídica que também acaba por estabelecer as diretivas ao Judiciário. E não é por outro motivo que, na última década,

temos visto a mudança do comportamento do judiciário quanto aos efeitos do Mandado de Injunção - MI. Sem que houvesse qualquer alteração na Constituição ou mesmo na legislação, o Judiciário brasileiro – por iniciativa do Supremo Tribunal Federal - passou de uma postura de abstenção quanto à tarefa de colmatar lacunas normativas após ter declarado omissões legislativas, para uma atividade por meio da qual tem suprido estas lacunas em face da inação do legislador quanto à sua obrigação de produzir normas, que garantam o exercício de direitos fundamentais que apresentam efeitos extensivos *inter partes* e também *erga omnes* ¹⁸⁸. Embora – deve ser anotado -, conceder efeito *erga omnes* em MI denunciar uma contraditória postura do STF quando se trata da ADIN por omissão em virtude do não reconhecimento de seu caráter mandamental¹⁸⁹ - que a despeito disto pode ser sanada por meio

¹⁸⁸ Ocorreram uma série de modificações no entendimento do órgão constitucional que podem ser indicativas de várias fases das quais listamos algumas: a) logo após a promulgação da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal se retraiu e passou por um período em que por meio do Mandado de Injunção somente declarava a inconstitucionalidade por omissão e comunicava a declaração ao órgão inadimplente (ex: MI 107/DF, julgado em 1990); b) são realizados a declaração da omissão e o mandamento para que em determinado prazo fossem tomadas providências para sanar a lesão constitucional sob pena de que, vencido o prazo sem que a obrigação fosse cumprida, passasse o impetrante do Mandado de Injunção a gozar do direito pleiteado (ex: MI 232/RJ, julgado em 1991); c) são realizados a declaração da omissão e o mandamento para que seja adotado por analogia dispositivo legal já existente e que regula situação similar, possibilitando ao impetrante gozar imediatamente o direito pleiteado (ex: MI 721/DF, julgado em 2007); c) são realizados a declaração da omissão e mandamento para que em determinado prazo fossem tomadas providências para sanar a lesão constitucional sob pena de que, vencido o prazo sem que a obrigação fosse cumprida, seja adotado por analogia dispositivo legal já existente e que regula situação similar e também sejam observadas as regulações feitas pela própria decisão judicial, possibilitando ao impetrante gozar imediatamente o direito pleiteado e estendendo os efeitos a todos – que não são parte no processo - em situação similar, conferindo desta forma não o efeito *inter partes* - próprio do controle difuso de constitucionalidade ao qual pertence o MI – mas o efeito *erga omnes* à decisão (ex: MI 670/ES, julgado em 2007).

¹⁸⁹ Em que pese o Supremo Tribunal Federal - STF já ter conferido ao Mandado de Injunção efeito *erga omnes* em alguns casos (como por exemplo no MI 670/ES), estendendo os efeitos da decisão aos que não fazem parte do processo e portanto, inovando em uma ação própria do controle difuso de

de ADPF¹⁹⁰. Ou seja, verifica-se uma modificação da interpretação judicial, quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, que demonstra a

constitucionalidade, o tribunal tem mantido uma posição de auto-restrição quando se trata de atribuir efeito mandamental às Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão ao permanecer em restrita declaração da omissão constitucional com a comunicação da decisão ao órgão inadimplente. Este posicionamento do STF é extremamente contraditório e também anacrônico frente à sua própria decisão no Mandado de Injunção - MI citado. Se em uma ação de MI na qual um particular argumenta sózinho – em virtude da característica do próprio instrumento processual - sobre a necessidade de suprimimento de uma lacuna legislativa que está ferindo a Constituição, o STF entende que o efeito mandamental da decisão deve ser estendido a todos (*erga omnes*), não é possível compreender como em uma ADIn por omissão, na qual a parte proponente da ação é legitimada coletivamente (art. 103 da CF, incisos I a IX), possa ainda haver uma auto-restrição que atribui exclusivamente o efeito declaratório do reconhecimento da omissão e se nega a atribuir efeito mandamental. Como justificativa a esta auto-restrição não caberia argumentar que o parágrafo 2º do art. 103 da CF dispõe somente que, após declarada a inconstitucionalidade por omissão, deve ser dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias. Deve ser explicitado que, em que pese ser isto que dispõe o referido dispositivo, a Constituição não trás impedimento para que a decisão também tenha caráter mandamental que vise o colmatar a lacuna normativa por meio de ADIn. A isto deve ser somado que seria extremamente contraditório alegar a inexistência de norma regulamentadora para atribuir caráter mandamental à decisão proferida em ADIn por omissão e ao mesmo tempo atribuir caráter mandamental e *erga omnes* à decisão proferida em MI quando nem mesmo existe norma que regulamente especificamente o referido instituto processual. Em síntese, a manutenção desta postura pelo STF tem efeitos práticos de transformar o MI em ADIn por omissão apontando para um problema quanto à legitimidade processual para geração de efeitos *erga omnes*.

¹⁹⁰ Na publicação *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal* (ESTEVES, 2007), utilizamos o paradigma do "Caso do salário mínimo" (ESTEVES, 2007, p. 140-159) para explicar o alcance dos efeitos da ADPF. Realizando uma acareação entre os efeitos conferidos pelo STF à ADIn por omissão e as inovações trazidas ao controle de constitucionalidade brasileiro pela ADPF, verificou-se que o tribunal, em que pese o fato de já ter reconhecido a inconstitucionalidade referente ao reajuste e ao valor do salário mínimo, reiteradamente negou que, mediante ADIn por ação ou omissão do órgão responsável, que fosse possível a atuação do Poder Judiciário para fazer cessar o ato inconstitucional consolidando este entendimento na ADIn nº 1.458-7, albergado no disposto no parágrafo 2º do art. 103 da CF. Após isto, em face dessa negativa do Supremo Tribunal Federal, foi protocolada a

existência de uma alteração interna à cultura jurídica brasileira, que aparenta buscar uma autoreferência no próprio sistema constitucional. Realiza este exercício de autoreferência (mesmo que implicitamente) ao vincular as decisões judiciais ao *comando político-jurídico* da Constituição e, portanto, à tarefa de garantir a materialização de direitos, *in casu*, quando o órgão legislativo ou executivo não realiza as ações necessárias para dar cumprimento às expectativas produzidas pelas

ADPF- 4, em virtude de sua característica subsidiária, uma vez que, conforme o teor do § 1º de seu art. 4º *não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. A ADF- 4 pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do salário mínimo decretado no ano de 2000, e entendeu como preceitos fundamentais da CF violados os seguintes dispositivos: art. 1º e incisos II, III e IV (fundamentos da República Federativa do Brasil – cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e parágrafo único; art. 2º (independência dos poderes); art. 3º (objetivos da República Federativa do Brasil); art. 48 (competências congressuais); art. 68, inciso II (impedimento de delegação no processo legislativo – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais); e o próprio inciso IV do art. 7º – conforme se depreende do corpo da petição inicial. O ato atacado é do Presidente da República que fixou o valor do salário mínimo por meio de Medida Provisória, contrariando os preceitos fundamentais, considerados violados. Quanto ao pedido, a teor do art. 10 da Lei. 8.882/99, a ADPF visa a que o Supremo Tribunal Federal, declarando inconstitucional o ato normativo ou a lei, *fixe as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*. (ESTEVES, 2007, p. 110-112). Naquela oportunidade já alertávamos para o fato de que, após declarado inconstitucional o ato que fixou o salário mínimo, pudessem ser fixadas as condições e o modo de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais que deveriam ter norteado o valor a ser fixado naquele ano obrigando-se o Supremo Tribunal Federal a tomar posição concreta e positiva quanto ao valor a ser fixado, sem necessidade de que o STF fixasse tal valor, mas que ao menos estabelecesse os critérios para sua aferição e reajuste (ESTEVES, 2007, p. 127). Levantando questões similares e relativas à mesma ADPF-4, Luís Roberto Barroso supôs "[...] a possibilidade do apelo ao legislador, com a fixação de prazo, seguido da aplicação concreta de determinada medida estabelecida pela Corte ou até mesmo a edição de norma geral, que prevaleceria até a efetiva atuação do órgão competente" (BARROSO, 2009, p. 306). Entretanto, em que pese as expectativas geradas, passados quase sete anos sem julgamento do mérito da ADPF-4, o STF decidiu pelo encerramento e arquivamento da ação sob alegação de perda de seu objeto em virtude da existência de normas posteriores alterando o valor do salário mínimo.

situações jurídicas decorrentes das prescrições constitucionais relativas a direitos fundamentais.

Mas, em que pese este posicionamento de Ferrajoli, exposto na obra *Principia Iuris*, ainda há que se considerar que esta questão, referente às *garantias constitucionais secundárias* previstas na Constituição brasileira – particularmente quanto ao Mandado de Injunção - foi objeto de um debate acadêmico entre o Sérgio Cademartori, Carlos Luiz Strapason e Luigi Ferrajoli no qual os dois primeiros autores alertam que o jurista italiano, ao entender que a Constituição brasileira atribui à atividade judicial uma excepcionalidade, que consiste na obrigação de somente assinalar mas não de realmente reparar lacunas, conforma-se com um "[...] defeito constitutivo do sistema, argumentando que o preço que o positivismo jurídico paga pela segurança jurídica não é apenas a possível incoerência do direito, mas também sua possível incompletude" (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 211). Ferrajoli responde a esta suscitação acadêmica alegando, que a expansão do papel do controle jurisdicional de constitucionalidade, no caso brasileiro, não comporta mudança do paradigma que caracteriza os ordenamentos da *civil law*, e que

Tampouco se alterou pelo controle de constitucionalidade por omissão, que se limita à identificação da lacuna e à recomendação, quando se trata de omissão por parte de um órgão administrativo, de tomar as providências necessárias no prazo de 30 dias. E também não foi alterado pelo mandado de injunção, cujo efeito não consiste na produção de uma nova norma, isto é, de uma regra geral e abstrata, mas na constatação e na reparação, somente no caso concreto submetido a juízo, de uma violação do direito constitucionalmente estabelecido. Com este tipo de pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal afirmou no MI 721-7-DF, referido pelos próprios Cademartori e Strapazzon: o pronunciamento judicial faz lei entre as partes, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimimento da lacuna por parte do poder legislativo. Mesmo neste caso, em suma, a jurisdição não desempenha nenhum papel de inovação ou produção legislativa, mas sim a tradicional função de conservação e de aplicação

da ordem jurídica existente. (FERRAJOLI, 2012b, p. 237).

Visivelmente pode ser observada uma alteração da percepção de Ferrajoli quanto à atividade judicial frente às omissões constitucionais, caso comparemos o excerto acima com sua declaração taxativa em *Princípio Iuris* - vista anteriormente - de que as *garantias constitucionais secundárias* consistem somente de forma excepcional na obrigação, prevista nas constituições portuguesa e brasileira, de assinalar, mas não de realmente reparar as lacunas. Esta postura pode estar relacionada ao seu reconhecimento, expressado na mesma oportunidade, de que Constituições como a brasileira podem ser chamadas como *constituições de terceira geração*, inauguradas pela Constituição portuguesa, em virtude de serem longas, mas principalmente em virtude de conterem complexos sistemas e instituições de garantias diferentes das constituições rígidas do segundo pós-guerra, como a italiana, a alemã e a espanhola (FERRAJOLI, 2012b, p. 232). Entretanto o autor italiano não se defrontou totalmente a questão uma vez que não pronunciou-se relativamente à ADIn por omissão ou à ADPF, e ao fato de que - conforme foi lembrado por Cademartori e Strapazzon, quando fizeram referência ao MI 670/ES - em Mandado de Injunção já foi produzida pelo STF decisão normativa com efeitos gerais (*erga omnes*) para concretizar o exercício de direito constitucional (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 223-224). Disto pode ser extraído que este fato pode ter passado despercebido por Ferrajoli ou ainda, que se absteve em face de que realmente sua teoria constitucional é contrária a realizar uma análise no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, e com efeito *erga omnes*, que efetivamente supra omissões constitucionais – análise esta que, no Brasil, já foi realizada e aplicada por meio de MI e, conforme já afirmamos, é possibilitada pela ADIn por omissão e pela ADPF.

Outra insuficiência da teoria garantista, já observada anteriormente, está em que Ferrajoli não confere aos *princípios diretivos* (*diretrizes*) o mesmo grau de vinculação que confere aos *princípios regulativos* - nos quais se incluem as normas de direito fundamental - por entender que apresentam um valor deôntico mais débil. Sobre as *diretrizes* (*princípios diretivos*), diz o autor que "[...] ainda que fundamentais, estas não são regras porque não dispõem de nenhuma obrigação ou proibição determinada" (FERRAJOLI; MANERO, 2012,

p. 93). Ao referir-se as *diretrizes* da Constituição italiana¹⁹¹, argumenta que não enunciam *situações jurídicas* e não geram figuras deônticas cuja violação imponha censura, e que confiam à política as formas e meios de sua realização bem como os juízos valorativos sobre sua não realização. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 93) Esta postura, claramente impede que possam haver juízos jurídicos sobre a conduta dos agentes públicos quando violam as *diretrizes*. Conforme argumenta Ferrajoli: "[...] não impõem limites e vínculos determinados à ação política e legislativa, idôneos para fundamentar juízos e pronunciamentos judiciais de invalidez ou de ilegitimidade, por comissão ou por omissão, referentes à legislação ordinária" (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 94, tradução nossa)¹⁹².

Assim, é possível que a concepção garantista sobre realmente demonstre uma tendência a dar uma menor importância às *diretrizes* conforme observa Manero (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 88) que, de forma divergente, lhes confere valor deôntico, ainda que possibilite a derrogação total ou parcial de uma *diretriz* por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, quando em confronto com outra diretriz ou com um direito fundamental. Entretanto, esta acusação de desvalorização das *diretrizes*, não é aceita por Ferrajoli o qual, em sua defesa, acaba por conceder às *diretrizes* "[...] um papel central na argumentação judicial das interpretações que cada vez se associam a todos os demais enunciados normativos"¹⁹³. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 94). Mas, mesmo sob este entendimento, Ferrajoli ainda concebe um valor deôntico débil às *diretrizes* as quais, com o que não concordamos. Em nosso entendimento, devem ser reconhecidas como um conjunto de normas sistematicamente formadas pelos fundamentos e objetivos do Estado definidos na Constituição e orientadas pelo conteúdo dos direitos fundamentais. E ao mesmo tempo lastreiam toda a interpretação jurídica, que *deve ser* realizada de forma a coadunar os

¹⁹¹ Ferrajoli exemplifica dispositivos da Constituição italiana como os que dispõem que a Itália é uma república baseada no trabalho e que os poderes públicos asseguram a proteção social, econômica e jurídica da família.

¹⁹² No original: [...] no imponen límites y vínculos determinados a la acción política y legislativa, idóneos para fundamentar juicios jurídicos y pronunciamientos judiciales de invalidez o de ilegitimidad, por comisión o por omisión, referidos a la legislación ordinaria.

¹⁹³ No original: [...] um papel central en la argumentación judicial de las interpretaciones que cada vez se asocian a todos los demás enunciados normativos.

múltiplos interesses existentes a elas próprias – *diretrizes* - definidas constitucionalmente.

Como no exemplo utilizado anteriormente - de que a ponderação pode levar a derrogação ou mitigação das *diretrizes* estabelecidas pelo objetivo da República de "erradicação da pobreza" e pelo fundamento nos "valores sociais do trabalho", em favorecimento ao fundamento de "livre iniciativa" - o entendimento de Ferrajoli, de que estas diretrizes não enunciam *situações jurídicas* e não geram quaisquer figuras deontológicas cuja violação imponha censura, configura a subversão do *comando político-jurídico* da Constituição. E assim, da mesma forma como faz o *princípioalismo*, o *garantismo* acaba por meramente reforçar a *função conformadora* da Constituição em detrimento de suas funções *conservadora e construtora*.

5.4 A VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA AO SENTIDO IDEOLÓGICO DO COMANDO POLÍTICO-JURÍDICO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

As *diretrizes*, assim como os direitos fundamentais da Constituição brasileira apresentam características a partir das quais a exigência não é de abstenção do agir estatal, mas sim de participação dos agentes estatais na garantia e realização de direitos sob a *concepção social de Estado*. Agentes estatais encontram-se vinculados na sua ação e também com limites de discricionariedade no cumprimento das *diretrizes*, que regulam todos os atos da atuação estatal nas três esferas do exercício do poder, ou seja, não somente no Executivo e no Legislativo, mas também o Judiciário. E por este motivo não é compreensível que não se entendam as *diretrizes* como *situações jurídicas* – da mesma forma que são entendidos os direitos fundamentais - a partir das quais é possível sua *atuação*, ou seja, o seu cumprimento ou sua violação.

No campo da dogmática jurídica apresenta-se coerente o entendimento de Ferrajoli quanto à necessidade de *garantias legislativas secundárias* que devem ser estabelecidas por meio de normas infraconstitucionais¹⁹⁴. Assim, sem legislação em matéria de saúde,

¹⁹⁴ Deve ser destacado que, na literatura jurídica brasileira, Ingo Sarlet ao tratar do significado da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, argumenta que "[...] na esfera dos direitos fundamentais há como sustentar a distinção entre dois grupos de normas, quais seja, as que – em virtude de sua insuficiente

educação e moradia, que pelo menos estabeleça a existência,

normatividade – não se encontram em condições de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por dotadas de suficiente normatividade – não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia" (SARLET, 2004, p. 263-264). Assim, parece haver uma aproximação entre a concepção do autor gaúcho e do juspositivismo garantista do teórico italiano. Entretanto, a partir desta exposição, Sarlet acompanha o entendimento de Gomes Canotilho e Flávia Piovesan, de que a norma contida no art. 5, § 1º da Constituição brasileira é um princípio da qual emana um mandado de otimização, albergando portanto, seu entendimento, no campo do principiologismo. Diz Sarlete: "[...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan" (SARLET, 2004, p. 264). Mas, em que pese esboçar uma adesão a este caminho que o levaria necessariamente à aceitação da ponderação de Robert Alexy, como método de aplicação para os direitos fundamentais, Sarlet reverte o curso e acaba por alinhar-se à interpretação sistemática proposta por Juarez Freitas (FREITAS, 2002), na qual este autor propõe uma hierarquização axiológica de princípios como contraponto às colisões que Alexy resolve com a ponderação. Esclarece Sartet que "Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e referencial obra de Juarez Freitas" (SARLET, 2004, p. 265). Esta postura vacilante de Sarlet aparenta ser um sincretismo metodológico – contra o qual nos posicionamos contrários - o qual dificulta a formação de uma teoria jurídica capaz de responder adequadamente às tarefas impostas pela Constituição brasileira. A despeito disto, entendemos que a distinção normativa sobre direitos fundamentais realizada por Sarlet (acima tratada) encontra-se mais adequada a compartilhar os postulados do *garantismo* sobre *garantias legislativas secundárias*, do que as premissas do *principiologismo*, ainda mais pelo motivo de que, assim como Sarlete, Ferrajoli, conforme já exposto anteriormente, aceita a em sua teoria a realização interpretação sistemática.

funcionamento e regulamentação de serviços de saúde, escolas e de política habitacional, as obrigações constitucionais correspondentes ao direito à saúde e à educação e à moradia ficariam estabelecidas como *dever ser* nos planos da política e da teoria jurídica com sério obstáculo para que fossem exigidas judicialmente (FERRAJOLI, 2011b, p. 191) sendo possível, no Brasil, o suprimento destas omissões por meio de instrumentos adequados do controle de constitucionalidade (Adin por omissão, Mandado de Injunção e ADPF). Entretanto, constituídas as leis que têm a tarefa de garantia, seja para dar forma jurídica à estrutura estatal ou seja para regular abstratamente os direitos, é possível que sejam pleiteados judicialmente os direitos a partir da ocorrência de fatos e situações particulares que levem o raciocínio jurídico a conotações singulares ao realizar uma interpretação sistemática do conjunto normativo, conforme é aceito por Ferrajoli (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 83) – (FERRAJOLI, 2011b, p. 533). Como exemplo, retornamos ao caso do ancião que, vivendo exclusivamente de sua modesta aposentadoria, não conseguiu pagar seu aluguel em face de uma política governamental de reajustes monetários que desigualou a situação de locadores de imóveis e aposentados. A solução jurídica ao pedido judicial formulado perante o agente estatal – juiz – não pode estar baseada exclusivamente na legislação (a qual pode ser interpretada como constitucional quando analisada *in abstracto*), proferindo-se uma ordem de despejo para que se coloque o ancião na rua com seus pertences, sem levar em conta se o resultado da aplicação da lei, naquele caso concreto, tem como resultado uma situação de inconstitucionalidade. Sem pretender, realizar aqui uma análise acabada sobre qual deve ser a decisão neste caso, exercício este que escaparia à pretensão deste trabalho, é possível esclarecer que sem desconsiderar o disposto na lei que prevê o despejo como consequência do não pagamento do aluguel, a decisão não somente pode, mas deve realizar conotações interpretativas no caso concreto, fundamentando seu raciocínio, além da legislação aplicável à matéria, também nas *diretrizes* sistematizadas nos fundamentos¹⁹⁵ e objetivos¹⁹⁶ do Estado brasileiro,

¹⁹⁵ Como a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º da CF).

¹⁹⁶ Como a construção de uma sociedade, justa e solidária (inciso I, do art. 3º da CF).

nos seus direitos fundamentais reconhecidos¹⁹⁷ e, no caso e em razão da sistematicidade da Constituição, também nos fundamentos da ordem econômica brasileira¹⁹⁸. Também, sob o mesmo entendimento, e retomando uma outra situação genérica que sugerimos anteriormente, na qual o legislador – a partir do direito fundamental à saúde - viesse a traçar os limites e condições para o exercício do direito à saúde, de modo a restringir o atendimento integral, uma decisão judicial poderia decidir favoravelmente a que uma pessoa fosse submetida pelo sistema público de saúde, a um procedimento especializado (ex: um transplante renal) que esteja dentro de um nível adequado aos recursos disponibilizados cientificamente e materialmente ao conjunto sociedade.

Contudo, de forma infundada, Ferrajoli não estende às *diretrizes* a obrigatoriedade de estabelecimento de *garantias legislativas secundárias*. Quanto às *diretrizes*, não prevê nenhuma *garantia*, mas entendemos que estas normas também pedem *garantias* para sua realização. Ou seja, é necessária uma legislação que estruture o Estado e forneça limites e competências às tarefas administrativas, e também legislativas, que devem garantir a observação dos fundamentos e realização dos objetivos do Estado. Entretanto entendemos que, caso estas leis não sejam estabelecidas, caso sejam omissos os poderes que deveriam fazê-las, ou ainda, caso não sejam construídos e trabalhados programas governamentais que possibilitem atingir os objetivos definidos constitucionalmente, não é possível ao Judiciário pretender colmatar estas lacunas¹⁹⁹. Mas o mesmo não pode ser aceito quanto estão instituídas leis que estruturam o Estado (como a definição de

¹⁹⁷ Como no direito fundamental individual de propriedade e sua função social (incisos XXI e XXIII do art. 5º da CF) e nos direitos fundamentais sociais à moradia, previdência social e assistência aos desamparados (art. 6º da CF).

¹⁹⁸ A qual apresenta como finalidade definida constitucionalmente: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, a propriedade e sua função social (art. 170, incisos II e III da CF).

¹⁹⁹ Significa que o Judiciário não pode proferir julgamentos que supram omissões constitucionais pelo não cumprimento de *diretrizes*. Deixamos claro que não é isto, ou seja, este tipo de suprimento de omissões, que significa o estabelecimento de garantias às observação e realização das *diretrizes*. Quanto a isto, deve ainda ser lembrado que a possibilidade de suprir omissões constitucionais, prevista explícita ou implicitamente pelos institutos processuais de controle de constitucionalidade no Brasil, refere-se basicamente ao suprimento de omissões relativas a *direitos fundamentais* e não a *diretrizes* constitucionais.

ministérios, seus órgãos e estrutura), ou ainda quando são estabelecidos programas que flagrantemente contrariem as *diretrizes* constitucionais.

Conforme já observado a mitigação, derrogação ou o não reconhecimento do comando deôntico das *diretrizes*, configura a subversão do *comando político-jurídico* da Constituição. *Diretrizes* são também normas, que reconhecemos, com menor grau de determinação do que os direitos fundamentais, mas, assim como estes, vinculam o exercício das três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) que não podem realizar suas competências sem fundamentar seus atos também nas *diretrizes* constitucionais. Assim, o papel central das *diretrizes* na argumentação judicial das interpretações não pode simplesmente ser debilitado à condição de mera faculdade do intérprete e aplicador do direito, mas sim reforçado deônticamente como elemento de caráter obrigatório e vinculante uma vez que a Constituição não confere ao juiz o direito de fundamentar suas decisões em *diretrizes* que não sejam as definidas constitucionalmente.

Também não é aceitável que se constituam leis, ou se cometam atos administrativos que atentem contra os fundamentos e objetivos da República. Assim, uma lei ou um ato da administração pública que flagrantemente induza ao aprofundamento de desigualdades regionais no país (segunda parte do inciso III do art. 3º da CF), ou que demonstre qualquer tipo de discriminação (inciso IV do art. 3º da CF) - interpretados sistematicamente junto aos demais dispositivos constitucionais - devem ser declarados inconstitucionais pelo Judiciário por atentarem contra a possibilidade de que o Estado brasileiro realize seus objetivos.

Por isto, não vemos por qual motivo o papel central na argumentação jurídica desempenhado por uma *diretriz* – que é reconhecido por Ferrajoli - não possa ser proveniente de uma conduta obrigatória e, portanto, derivado de uma *situação jurídica* que gera uma figura deôntica, cuja violação imponha também censura à decisão judicial, que não demonstre em sua fundamentação que o reconhecimento das *diretrizes* faz parte da sua fundamentação racional. E nem há que se cogitar que não seria possível o estabelecimento de garantias de que as decisões judiciais estivessem fundamentadas nas *diretrizes* da Constituição. De maneira implícita, a própria possibilidade de que em graus elevados sejam reformadas as decisões judiciais, garante o recurso contra decisões que atentem contra os preceitos constitucionais.

Mas não só o reconhecimento das *diretrizes* deve obrigatoriamente fazer parte da fundamentação judicial, ou pelo menos estar coadornado à parte dispositiva da decisão judicial. Esta conduta vinculada é extensiva com relação a todo o *comando político-jurídico* que, no caso da Constituição brasileira - no qual se encontram incluídas, além das *diretrizes*, também um *regime jurídico dos direitos fundamentais* em que se adota igual regime jurídico entre direitos individuais e sociais e um *mecanismo de garantia do comando político-jurídico*, que de forma ampla combina os controles difuso e concentrado de constitucionalidade com atribuições de suprimimento de lacunas normativas.

Para que isto aconteça, ou seja, para que se estabeleça a vinculação hermenêutica, o intérprete e aplicador do direito deve tomar o *sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição* como norma de reconhecimento que atua como instrumento de justificação e programa de ação do sistema jurídico constitucional, garantindo desta forma a irrevogabilidade e obediência ao *comando político-jurídico* que dirige e exige, no caso brasileiro, a construção de um Estado social.

Esta vinculação não desconhece a constatação já feita anteriormente, de que a decisão judicial ao mesmo tempo é um ato de razão e também de vontade e, portanto, carrega a concepção ideológica de quem a realiza. Entretanto esta situação não impede - e pelo contrário, exige - que sejam reduzidas as indeterminações que ampliam a possibilidade de discricionariedade do juiz. Contribuem para isto, tanto a exigência de vinculação do juiz ao texto constitucional quanto à legislação - entendidos como estrutura semântica -, mas principalmente a exigência de vinculação àquilo que lhes fornece conteúdo material, que é o *sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição*. Isto significa, no plano da atividade judicial, a obrigatoriedade constitucional dirigida ao intérprete e aplicador do direito para que atue, utilizando uma teoria jurídica adequada a dar condições de irrevogabilidade e obediência ao *comando político-jurídico da Constituição* de forma a cooperar para a construção do Estado estabelecido constitucionalmente. É sobre o dever de demonstrar que as decisões não favorecem a derrogação ou mitigação de *diretrizes* e *direitos fundamentais* e que, pelo contrário, atuam no sentido de que sejam observados e realizados que se cumpre, na atividade prática, a vinculação da atuação judicial ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição brasileira.

5.4.1 Os Contornos Paradigmáticos da Vinculação Hermenêutica ao Sentido Ideológico do Comando Político-Jurídico da Constituição

O fato de que, dentro do conceito de *Estado constitucional*, o *Estado Social* apresenta-se como uma derivação do *Estado Liberal*, e de que este apresenta o contorno de seus próprios axiomas²⁰⁰, tem levado a comunidade jurídica dos Estados sociais à necessidade de rompimento com os paradigmas jurídicos do liberalismo. Especificamente no Brasil, a construção que possibilita a necessária guinada teórica pode ser obra não somente de uma única empreitada, mas sim de uma conjugação de esforços neste sentido.

Sob este entendimento, outras teorizações que reconhecem o caráter social do Estado devem ser complementares e não conflitantes com a *vinculação hermenêutica ao sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição*. Assim, por exemplo, quanto ao *princípio da proibição de retrocesso* que Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2001, p. 158), assim como Ingo Sarlet (SARLET, 2004, p. 422) entendem ser implícito ao nosso sistema constitucional e também condição específica de irrevogabilidade de um *núcleo essencial* legislativamente concretizado que possibilita a fruição de direitos prestacionais²⁰¹, temos que a concepção a qual defendemos, de que

²⁰⁰ Como a tese de que a não regulamentação da economia e das relações sociais proporcionaria a todos os indivíduos as condições para desenvolvimento de uma vida material adequada.

²⁰¹ Sarlet, a partir da observação da doutrina e jurisprudência europeia, particularmente em Portugal, constatou uma sustentação de que após concretizados legislativamente, os direitos fundamentais sociais assumem a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, e "[...] não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos [...]" (SARLET, 2004, p. 411), e que a inconstitucionalidade não cuida somente da revogação, mas também "[...] de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador" (SARLET, 2004, p. 412)²⁰¹. Sarlet enxerga neste princípio um impedimento aos órgãos legislativos e ao poder público de modo geral de tomar livremente decisões em desrespeito à vontade do constituinte e também, aderindo às observações de Barroso, reconhece que "[...] na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior"

existe um *comando político-jurídico* da Constituição brasileira do qual emana um comando deôntico vinculante, converge em auxílio aos argumentos que podem definir a amplitude de proteção da *proibição de retrocesso*, uma vez que Sarlet conecta o *núcleo essencial* da legislação – que defende ser irrevogável – à *dignidade da pessoa humana*. Neste sentido, a *vinculação hermenêutica* confere conteúdo deôntico que possibilita a este elemento das *diretrizes* constitucionais – *dignidade da pessoa humana* – a capacidade persuasiva necessária à conexão pretendida.

Com a intenção de orientar a tarefa teórica exposta, também deve ser delineado que a mudança de paradigma na atuação jurídica no Estado social não pode encontrar obstáculo na teorização sobre o Estado conforme formulado nos postulados do Estado liberal. Conforme já fundamentado, o modo de agir estatal encontra-se subordinado aos valores proeminentes em cada época e lugar em que foram desenvolvidas as variadas teses sobre a maneira de exercício do poder, bem como do estabelecimento de suas funções. Já verificamos que o privilégio do Executivo ou do Legislativo na realização do controle de constitucionalidade das leis fora rompido e superado desde que a consagração do modelo austríaco transferiu ao Judiciário a realização do controle submetendo o parlamento à Constituição interpretada

(SARLET, 2004, p. 419) – (BARROSO, 2001, p. 158-159). Entretanto, o professor gaúcho, que entre nós de forma mais aprofundada tratou da *proibição de retrocesso*, não deixou de observar as objeções que lhe são feitas, como por exemplo, a de que "[...] o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador [...]" (SARLETE, 2004, p. 416), ou de que caso fosse aceitável a redução da atividade legislativa à pura e simples execução da Constituição se revelaria uma situação insustentável que "[...] acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste" (SARLETE, 2004, p. 422). Por este motivo não toma a *proibição de retrocesso* em seu caráter absoluto e entende que a amplitude da proteção outorgada por este princípio fica restrita um *núcleo essencial* legislativamente concretizado de determinado direito social, que "[...] encontra-se diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade [...]" (SARLETE, 2004, p. 424), ou seja, a um mínimo existencial.

juridicamente²⁰². A ideia kelseniana de uma *repartição* do poder entre o Executivo, Legislativo e Judiciário em oposição à concepção de uma *separação* de poderes, de forma a não isolá-los, mas sim a permitir um controle recíproco de uns sobre os outros é um ponto fundamental que obsta qualquer possível entendimento a partir do qual a *vinculação hermenêutica ao sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição* aviltaria a soberania popular empenhada na representação parlamentar. Além disto, a concepção de constituições rígidas decorre do postulado de que a soberania popular tem como manifestação primária o Poder Constituinte, que faz e promulga a Constituição estabelecendo limites posteriores a seus órgãos legislativos, por mais representativos que estes sejam. Como ilustração a isto podemos dizer que nem mesmo a vontade popular, exercida por meio de institutos estatais da democracia direta como, por exemplo, plebiscito ou o referendo, podem contrariar o *comando político-jurídico da Constituição*.

Entretanto, também é certo que a definição do significado e amplitude dos fundamentos, objetivos e direitos que integram o *comando político-jurídico* da Constituição brasileira não é um trabalho, que se encontra acabado por meio do texto constitucional e de sua contextualização política. Da tarefa decorrente do comando para a realização de objetivos como, por exemplo, a erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais (art. 3º, inc. III da CF) – sempre interpretados sistematicamente frente a outros dispositivos constitucionais - podem surgir diferentes – e até mesmo colidentes - leis que estabeleçam ou suprimam programas econômicos ou sociais, que apresentem como motivação atingir estes objetivos. Isto significa dizer que o caráter social da Constituição brasileira, não impede que maiorias eventualmente eleitas façam aprovar leis que regulamentem programas de governo inspiradas nos axiomas do liberalismo. E por mais que a construção teórica e jurisprudencial que forma a cultura jurídica brasileira possa ser capaz de traduzir com outros significados os fundamentos e objetivos do *comando político-jurídico da Constituição*, somente de forma restrita poderá decidir abstratamente (*in tese*), que as leis que estabeleçam ou suprimam programas de ação governamental são inconstitucionais por apresentarem conteúdo de viés liberal contrário aos objetivos do Estado social. A não ser na defesa de direitos já atribuídos constitucionalmente e também de direitos atribuídos ou

²⁰² Sobre a jurisdição constitucional ver notas 68, 69 e 70.

regulados infra-constitucionalmente, cuja supressão, de forma objetiva, cause condição que aumente o desnível social ou que impeça a redução de desigualdades está, o Judiciário, em condições de declarar a inconstitucionalidade de leis estabelecidas a partir de programas governamentais. Podemos exemplificadamente dizer, que se a revogação de uma lei infra-constitucional que tem por objetivo possibilitar melhores condições de acesso à cultura, à educação e à alimentação aos cidadãos de baixa renda econômica, colocar estas pessoas imediatamente em situação de vulnerabilidade social, há flagrantemente uma situação de inconstitucionalidade que deve ser declarada mesmo que contrarie a vontade da maioria política eventual. De outra forma, se não pode ser demonstrado objetivamente que a revogação da lei, e eventualmente a supressão do programa que instituiu, coloca as pessoas em condições que afetam diretamente a sua condição material ou que impede a redução das desigualdades sociais então não há como declarar a inconstitucionalidade da lei revogadora.

Em que pese a conformidade ao fato de que somente de forma restrita seja possível decidir abstratamente pela inconstitucionalidade de leis, que estabeleçam ou suprimam programas de ação governamental, não se pode proferir o mesmo entendimento quando se trata da análise e decisão quanto à constitucionalidade em flagrante violação de *diretrizes* constitucionais ou em casos concretos aos quais são aplicadas leis *in tese* constitucionais. Na ponta final da concretização de programas governamentais, instituídos por leis ou por meio da revogação de leis existentes é que se pode perceber de forma mais objetiva o resultado da política econômica e social desenvolvida. Assim, em situações singulares nas quais qualquer pessoa ou grupo de pessoas encontram-se na condição em que a aplicação de uma lei, ou de inexistência de um agir estatal suficiente, atinge as condições materiais de vida digna ou acentua a desigualdade social o Judiciário, utilizando uma teoria jurídica adequada a não limitar sua atuação sob axiomas jurídicos do Estado liberal, deve declarar a inconstitucionalidade da lei ou ainda a inconstitucionalidade de sua aplicação a um específico caso concreto e também – quando instado a agir por meio dos *mecanismos de garantia* - suprir lacunas, porventura existentes, que estejam impedindo ou dificultando a realização das *diretrizes* do Estado brasileiro.

Retomando o exemplo do caso concreto do idoso aposentado, no qual o atendimento ao pedido de aplicação da lei de despejo para que seja colocado na rua com seus pertences, as conotações interpretativas do aplicador devem necessariamente analisar, naquele contexto, se a política governamental definida a partir da legislação vigente –

mormente sobre contratos e locações – está adequada ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* da Constituição brasileira, o qual seguramente não permite que um funcionário do Estado – o juiz – simplesmente coloque um velho em condição vulnerável e indigna com o intuito exclusivo de proteger um direito patrimonial, principalmente quanto se constata que foi o próprio agir governamental que provocou a situação.

Também, exemplificadamente, constatamos que uma qualquer proposição legislativa que apresente como objetivo regulamentar a terceirização do trabalho, por meio de mecanismos que permitam a uma empresa a contratação de outra empresa fornecedora de mão-de-obra, sob a motivação de que isto possibilita a especialização e dinamização da produção com redução de seus custos, pode ser defensável sob a guarida do fundamento dos valores da livre iniciativa e no desejo de regular a ordem econômica de forma a maximizar o resultado da produção. Mas, encontra obstáculo no fundamento dos valores sociais do trabalho se a forma de sua implementação conduzir à precariedade das relações de trabalho por meio da redução de direitos trabalhistas e do valor remuneratório colocando, desta forma, os trabalhadores em uma mesma empresa em situações de desigualdade, ou por não prever responsabilidade solidária entre as empresas quanto ao pagamento dos direitos trabalhistas, e ainda por dificultar a organização dos trabalhadores. Em virtude de que, conforme está disposto no inciso IV do art. 1º da Constituição brasileira, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* são – de forma conjunta - fundamentos da República, a interpretação desta disposição deve ser realizada a partir de uma interpretação sistemática que leve em consideração que a Constituição brasileira – em seu art. 7º - consagra os direitos do trabalhador como fundamentais e que, no Brasil, a ordem econômica encontra-se fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 *caput* da CF).

A vinculação do intérprete aplicador ao *sentido ideológico do comando político-jurídico* apresenta-se como paradigma necessário e implícito à Constituição brasileira a qual, como típica representante de um modelo avançado e arrojado de constituições de Estados sociais, não pode ter sua interpretação e aplicação subjugada aos axiomas do Estado liberal, e exige um modelo jurídico de interpretação e aplicação que lhe seja adequado.

CONCLUSÃO

A partir de um entendimento preliminar de que a Constituição não pode ser interpretada livremente, e que constituições diferentes devem, a princípio, também ser interpretadas e aplicadas por meio de teorias diversas que lhes sejam adequadas na medida da sua especificidade, e da hipótese de que, diferentemente do que ocorre no Brasil, teorias jurídicas têm sido desenvolvidas e aplicadas – de forma consciente ou inconsciente – a partir da percepção do *sentido ideológico* de comandos constitucionais de viés político e jurídico que orientam os sistemas jurídicos para os quais foram concebidas, indicamos a necessidade de suprimento da percepção quanto ao *sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição brasileira* que vincule hermeneuticamente as decisões judiciais atuando como *norma de reconhecimento* do sistema constitucional brasileiro. Assim, o trabalho foi desenvolvido buscando compreender, diante deste entendimento, se existe uma teoria jurídica de interpretação e aplicação adequada à Constituição brasileira, ou se alguma teoria se aproxima mais desta intenção de adequação para que a partir disto pudessemos propor uma forma de ajuste que induza e leve à adequação necessária.

O desenvolvimento do estudo sobre a tipologia dos Estados e sobre o *comando político-jurídico* das constituições no *Capítulo I* possibilitou o reconhecimento da existência de concepções de Estado, de característica liberal e social, por meio do qual se percebe que o Estado social deve ser entendido como uma derivação do Estado liberal, representando ambos uma diversificação interna ao Estado Constitucional. Também identificamos a possibilidade de afirmação de existência dos elementos que definem um *comando político-jurídico*, e seu *sentido ideológico*, o qual representa a atividade central da Constituição e encontra-se presente em todos os sistemas constitucionais como elo entre a ambientação política e econômica de um lado e jurídica de outro. Foi possível, ainda, identificar que a utilização de teorias jurídicas para interpretação e aplicação da constituição não é uma atividade que pode estar livre das ideologias de quem as formula ou de como são instrumentalizadas para realização do *comando político-jurídico* das Constituições. Quanto a isto foi destacado durante o trabalho que o fator ideológico é entendido como conceito axiológico positivo, que deve ser exposto pelo intérprete e que adotamos seu significado como tomada de posição e programa de ação.

No *capítulo II* decorremos sobre a "caminhada" do Estado liberal sob o aspecto da teorização jurídica desenvolvida a partir do *jusnaturalismo* até o *juspositivismo normativista*, por meio de teorias que, ora podem ser entendidas como adequadas à realização do projeto político liberal, ora representaram, visivelmente, não somente uma crítica a teorias jurídicas postas e em acordo com este projeto, mas também uma forma de lhe oferecer resistência. Constatou-se que entre os embates, no âmbito da teoria jurídica, em que se enfrentam teorias formalistas do direito e teorias que retomam conceitos do *jusnaturalismo* ou se constituem em novas vertentes da axiologia jurídica, o Estado liberal, já em agonia, pôde encontrar alento em um discurso jurídico que propôs uma desideologização do direito por meio da retomada do formalismo jurídico – agora em bases de pretensão científica. Mas, conforme pudemos demonstrar, o rompimento não somente do direito, mas também da própria ciência, com a ideologia não passa de uma intenção que carrega ela própria uma ilusão que atua em favor de uma ideologia: de que exista algo puro em meio à diversidade e como consequência de que os métodos científicos possam ser elaborados ou aplicados por teóricos que estejam despidos de seus próprios valores, ainda que o façam no âmbito das ciências humanas. Assim, mesmo que o *juspositivismo normativista* nunca tenha conseguido livrar-se daquilo que mais abominou - a ideologia - pelo menos as bases do seu discurso anti-ideológico por muito tempo não somente auxiliou a concepção liberal de Estado na manutenção dos postulados do Estado liberal, sem que fosse autorizada uma crítica jurídica aos valores inscritos nas Constituições liberais, como também encobriu sua própria valoração presente na opção por um método dogmático em que o *dever* é seu principal axioma e a *imputação*, construída sob o fundamento da sanção, é seu princípio ordenador. Esta construção dogmática protegeu o Estado liberal de tal forma que, sob a égide de constituições liberais não se conheceu qualquer tipo de oposição ou crítica dos adeptos da *concepção liberal de Estado* ao *juspositivismo normativista* o qual pode ser entendido como o resultado final de uma teorização jurídica de um século e meio, que se harmonizou ao sentido ideológico do *comando político-jurídico* genérico das constituições liberais.

No *capítulo III*, na investigação realizada sob a ótica uma *concepção social de Estado*, em que se pretendeu entender se existe uma ou mais teorias jurídicas adequadas às constituições tendo por objeto o *juspositivismo normativista* de Hans Kelsen, e também o *principialismo* e o *garantismo* a partir dos postulados teóricos de Ronald Dworkin,

Robert Alexy, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, e de Luigi Ferrajoli, descartou-se inicialmente que aquela primeira concepção teórica pudesse estar adequada à realização efetiva do *comando político-jurídico* genérico definido nas Constituições sociais. Pelo contrário, como resultado da análise feita no *capítulo II* foi perceptível que o arcabouço teórico, formulado por Kelsen, serve à *concepção liberal de Estado* como forma de resistência ao *comando político-jurídico* de constituições sociais. Isto deriva da limitação teórica que impõe à atividade jurisdicional no controle de constitucionalidade, a qual possibilita simplesmente a anulação de leis consideradas inconstitucionais. Como reflexo do princípio ordenador da teoria kelseniana – *imputação* –, construído sob o fundamento da sanção, não há possibilidade de que seja reconhecida a competência judicial para impelir os demais poderes à atuação efetiva e necessária na realização de direitos – como exigem grande parte dos direitos sociais – ou para proteger direitos fundamentais sociais violados quando são aplicadas a casos concretos normas *in tesa* constitucionais. O método hermenêutico do *juspositivismo normativista* desconhece o carácter deontológico, das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais*, em face de que apresentam carácter geral e abstrato e, conseqüentemente, é incapaz de reconhecer ou aceitar a existência do *comando político-jurídico* de qualquer Constituição.

Demonstrou-se que as teorias principialistas, que apresentam em comum uma proposta hermenêutica que aproxima o direito da moral por meio de uma axiologização do direito – e que têm sua raiz na doutrina jurídica de base sociológica do final do século XIX e início do século XX – utilizam o método ponderativo como suporte do seu exercício hermenêutico. Desta opção metodológica fora apresentado como principal consequência, o enfraquecimento do carácter deontológico, das *diretrizes* e dos *direitos fundamentais* e, portanto, do *comando político-jurídico* de constituições rígidas, debilitamento este que é característico de constituições flexíveis – entendidas estas como as que podem naturalmente serem reinterpretadas pelo poder judiciário. Argumentamos que esta situação prejudica a realização do *comando político-jurídico* de uma Constituição social rígida pelo motivo de que o expõe à subversão, que tanto pode ser realizada por meio de uma interpretação ideologicamente comprometida com uma *concepção liberal de Estado*, como por meio de uma interpretação ideologicamente comprometida com uma *concepção social de Estado* que, contrariando o

comando político-jurídico, opte por uma radicalização do caráter social prescrito na Constituição.

Também foi demonstrado que o *garantismo* apresenta-se como uma teoria, no campo da hermenêutica constitucional, que ultrapassa insuficiências tanto do *juspositivismo normativista* calcadas na sua fenomenologia normativa restritiva, quanto do *principlismo* caracterizadas pelo debilitamento normativo realizado por meio da ponderação. Opondo-se à ideia de incompatibilidade entre direitos fundamentais, expressada pelo *principlismo*, que levaria necessariamente à colisão entre eles e à utilização do método ponderativo, trabalha sob três frentes ou argumentos: a) contesta o fato de que possa haver qualquer outra ponderação além daquela permitida pela interpretação sistemática; b) entende que a cada caso são aplicáveis juízos de equidade utilizando-se da discricionariedade que cabe ao intérprete e aplicador; c) propõe ainda uma hierarquia normativa entre direitos fundamentais com uma fundamentação ética que visa impedir colisões entre direitos fundamentais. Também foi apresentada uma fundamental percepção teórica do *garantismo* que realiza oposição tanto ao *juspositivismo normativista* como ao *principlismo*, influenciando diretamente o caráter deontico dos direitos sociais. Esta percepção encontra-se relacionada à tipologia normativa por meio da qual direitos individuais e sociais são classificados como normas imediatamente prescritivas – *tético-deonticas* - que dispõem uma figura deontica associada a expectativas negativas e positivas de realização de uma *atuação* que efetive o exercício do direito prescrito. Mas, em que pesem estas vantagens do *garantismo*, ainda neste mesmo capítulo III, chegamos a o entendimento de que *garantismo* não enfrenta de forma adequada as questões relativas ao caráter deontico das *diretrizes* e do problema derivado da *não atuação* no estabelecimento de garantias para que os direitos fundamentais realmente sejam efetivos.

Quanto à análise empreendida para compreender as possibilidades do *principlismo* ou do *garantismo* serem apresentados – um ou outro - como um campo teórico mais adequado à realização dos *comandos político-jurídicos* das constituições sociais não optamos por realizar uma afirmação conclusiva. Da mesma forma que o *juspositivismo normativista* é insuficiente ao não prever a relação de *atuabilidade*, também Atienza e Manero apresentam escassez em sua teoria. Kelsen, apresenta-se despreocupado com o resultado da sua teoria na realização dos direitos individuais e sociais, em que pese encontrar-se introduzida em uma cultura jurídica banhada de conceitos relacionados à construção do Estado liberal. Os segundos, já vivendo o

embate entre as concepções liberal e social de Estado, realizam uma opção política contrária às características de uma Constituição rígida ao possibilitar abertura interpretativa, menos por uma necessidade derivada da construção de sua história (como na Alemanha) e mais no apego à uma crítica sobre as debilidades que apontam no *juspositivismo*. Estes dois autores, se comparados a Ferrajoli, também percebem a insuficiência da teoria de kelsen, mas apontam para soluções diferentes, os primeiros se voltam à abertura proporcionada por um sistema de valores. Ferrajoli preocupado com as consequências do abandono da rigidez das constituições e de seu caráter normativo e, portanto, com a consequente relativização dos direitos, opta por uma reforma no *juspositivismo*, que possibilita a manutenção do projeto de modernidade traçado pelas constituições do pós Segunda Guerra. E foi possível constatar que esta divergência de opções deriva muito mais de posições políticas do que jurídicas, e encontram fundamento na forma como estes teóricos entendem suas constituições ou sistemas constitucionais.

Assim, concluiu-se que, independentemente da tentativa de universalização de teorias, os teóricos sempre estão com o olhar voltado para o contexto constitucional de que são originários, e que derivam de culturas jurídicas que guardam especificidades. E que assim, o *garantismo* e o *principalismo* devem ser entendidos como instrumentos, que podem oferecer resultados diferentes, adequados ou inadequados quando aplicados em sistemas constitucionais também diferentes.

O capítulo IV destinou-se à caracterização da Constituição brasileira, por meio da identificação do tipo de Estado ao qual se vincula e da caracterização dos elementos que compõem o seu *comando político-jurídico*, bem como do *sentido ideológico* deste. Por meio de uma interpretação sistemática demonstrou-se como as *diretrizes*, direitos fundamentais e seu *regime jurídico* de aplicabilidade imediata, bem como os *mecanismos de garantia* - para fruição de direitos e realização dos objetivos - caracterizado por meio de um excepcional sistema de controle de constitucionalidade, atuam de forma sistematizada que permite identificar a existência de um Estado social com características próprias. Estes elementos e suas características, conforme exaustivamente sugerimos em todo o trabalho, não foram e não podem ser compreendidos e interpretados sem que seja feita uma análise teórica e prática do contexto político, que leve em consideração a época e lugar em que se situam. Também foi demonstrado que deles emana um comando que é político e é ao mesmo tempo jurídico, do qual se extrai um *sentido ideológico*, que exige atuação por meio de funções que

buscam *conservar* a tarefa projetada inicialmente de *construção* um tipo de Estado e sociedade sem deixar de conformá-la frente a novas circunstâncias que possam se apresentar durante a edificação do modelo projetado. Neste sentido, constatou-se que a Constituição brasileira encontra-se alicerçada e vinculada a um agir ideológico do qual emana um *comando político-jurídico*, que a identifica como Constituição que tem por objetivo o estabelecimento de um Estado social por meio de um modelo que, em oposição à concepção liberal de intervenção mínima do Estado, atue para dar segurança na fruição e materialização de direitos individuais e sociais, inclusive por meio de um arrojado mecanismo de garantias jurídico-processuais, de forma reduzir as desigualdades materiais existentes por meio de um regime de liberdade, sem que se deixe de incorporar novos direitos decorrentes de novas situações históricas.

Por fim, chegando-se ao que consideramos ser o objetivo central do trabalho, no *capítulo V* - em face da constatação anterior de que não é possível indicar precisamente qual campo teórico, entre os apresentados, é mais adequado à realização de uma Constituição social, por meio de sua interpretação e aplicação, sem que possa ser especificado o contexto constitucional em que se propõe a utilização teórica, e consequentemente em virtude da identificação do *comando político-jurídico da Constituição brasileira*, bem do seu *sentido ideológico* - foi possível confrontar o *principalismo* e o *garantismo* com a Constituição brasileira, verificando suas virtudes e insuficiências ou debilidades na tarefa de interpretação e aplicação do conteúdo constitucional.

O *principalismo* e seu método ponderativo, de viés valorativo, utilizado para resolver colisões entre normas constitucionais, que atribuam direitos fundamentais e estabeleçam *diretrizes*, revelou-se inadequado para garantir a realização dos preceitos constitucionais por meio da submissão dos poderes constituídos ao *comando político-jurídico da Constituição brasileira*. Além de se apresentar como desnecessário para certificar o caráter vinculante dos direitos fundamentais, em virtude de que a Constituição brasileira já atribui taxativamente aplicabilidade imediata ao todos os direitos fundamentais, o método ponderativo pode ser utilizado para subverter o *comando político-jurídico* da Constituição por enfraquecer o caráter deôntico das *diretrizes* constitucionais e dos direitos fundamentais ao submete-lo à ideologia do intérprete e à pressão política que pode ser exercida sobre o Judiciário nas situações contingentes em que forças políticas e econômicas se oponham ao *sentido ideológico* dos mandamentos

constitucionais, que estabelecem funções e delegam tarefas aos poderes constituídos.

Por sua vez, o *garantismo* que, como *juspositivismo crítico* não disfarça suas opções ideológicas, sem, contudo, engajar-se politicamente por meio de um rompimento com o compromisso de base científica de construção de uma teoria dogmático-jurídica, demonstrou-se apto a abrir perspectivas quanto à resolução de insuficiências do *juspositivismo normativista* e do *principlismo* por meio de uma construção teórica que não desconhece e não relativiza, por meio de interrogações, o caráter deontológico das *diretrizes* constitucionais e dos direitos fundamentais individuais ou sociais. É no reconhecimento de existência de uma expectativa de direito (*situação jurídica*), como figura deôntica a partir da qual é possível sua *atuação*, por meio de seu cumprimento ou violação, que o *dever ser* jurídico vincula os poderes constituídos à realização dos comandos constitucionais e exige destes uma postura de não abstenção, quando se trata de garantir a fruição de direitos.

E é na definição tipológica de Ferrajoli, que se apresentam os direitos individuais e sociais como normas *tético-deônticas*, que dispõem de modo imediato prescrições associadas a um dado comportamento comissivo ou omissivo, que sua teoria se encaixa na prescrição taxativa da Constituição brasileira, de que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, fazendo com que da não *atuação* para que se garanta a fruição destes direitos gerados a partir de suas próprias expectativas se configurem situações de inconstitucionalidade por ação ou por omissão a serem supridas por meio dos *mecanismos de garantia* do *comando político-jurídico* - os quais se identificam no sistema de controle de constitucionalidade da Constituição brasileira. E, ainda que Ferrajoli, quando fora instado a se pronunciar frente aos *mecanismos de garantia* da Constituição brasileira, tenha apresentado uma postura de certo modo vacilante quanto à possibilidade de suprimento de inconstitucionalidade por omissão, demonstrando a princípio, que somente aceitaria o suprimento da omissão pelo judiciário em caso concreto com efeito *inter partes*, mas não com efeito *erga omnes*, é necessário ter em consideração que não se poderia exigir do teórico italiano um perfeito conhecimento do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade. Bem como não se pode querer transpor toda a sua construção teórica à realidade constitucional brasileira para a qual não teria sido, em princípio, especificamente forjada. Sendo assim, não se constitui em obstáculo teórico à utilização da teoria juspositivista de Ferrajoli na interpretação e

aplicação da Constituição brasileira, a opção pelo alargamento da extensão dos efeitos da decisão judicial, que declara a omissão constitucional ao mesmo tempo em que a supre, possibilitando ainda que sejam conferidos não somente efeito *inter partes*, mas também efeito *erga omnes* em Mandado de Injunção – MI, e que também seja suprida a omissão constitucional em ações que tipicamente se atribui efeito *erga omnes*, como a ADIN por omissão e ADPF. Neste caso, a adaptação de um postulado teórico forâneo - como é o *garantismo* - ao contexto brasileiro, que inclui uma específica cultura jurídica aliada a um específico sistema jurídico constitucional, ambos submetidos ao *comando político-jurídico* de uma também singular Constituição é uma tarefa, que se impõe à atividade acadêmica e jurisprudencial brasileira.

Entretanto, um problema de maior dimensão é o valor deôntico débil, que Ferrajoli expressa em relação às *diretrizes*. A compreensão de que as *diretrizes* não enunciam *situações jurídicas* e de que não geram figuras deônticas cuja violação imponha censura, conforme explicitado, configura a subversão do *comando político-jurídico* da Constituição ao agir em prejuízo da tarefa de construção de um Estado social a qual se realiza por meio das funções *conservadora* e *construtora* da Constituição. Além de ser perfeitamente defensável que o Executivo e o Legislativo não podem cometer atos administrativos ou a edição de leis que contrariem os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro sob pena de serem declarados inconstitucionais, entendemos também que há um lapso teórico nos próprios argumentos de Ferrajoli, quando reconhece que as *diretrizes* desempenham um papel central na argumentação jurídica ao mesmo tempo em que não enunciarem *situações jurídicas* e que, portanto, não geram figuras deônticas cuja violação imponha censura. O autor não leva em consideração que a fundamentação de uma decisão judicial é realizada por meio da argumentação jurídica feita pelo julgador, e que esta fundamentação não pode estar rompida com os preceitos constitucionais. Uma decisão judicial, cuja fundamentação contrarie os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, previstos na Constituição, é uma decisão judicial inconstitucional, que pode e deve ser reformada em instância superior. Há, portanto, uma obrigatoriedade dirigida ao juiz, derivada do próprio *comando político-jurídico* – no qual estão incluídas as *diretrizes* – de que as fundamentações feitas nas decisões que profere não contrariem este comando.

Esta obrigatoriedade de caráter deontológico vincula o aplicador do direito à utilização de um método de interpretação constitucional, que impossibilite a derrogação total ou parcial do *comando político-jurídico*

da Constituição e que possibilite a realização das tarefas que dirige aos poderes constituídos. E em face de que o *comando político-jurídico* da Constituição somente tem sentido teórico e prático se contextualizado historicamente em uma situação constitucional concreta do país e também no conteúdo sistematizado de seus fundamentos, objetivos e regime jurídico dos direitos fundamentais e mecanismos de garantia, o *sentido ideológico* apresentado por estes elementos acaba por vincular hermeneuticamente o aplicador do direito a fim de que, nos exercícios argumentativos que fundamentam suas decisões, não substitua a ideologia constitucional pela sua própria ou por outra que lhe convenha.

Pois bem, devemos fazer nossa escolha frente a nossa Constituição, que encontra significado no seu próprio texto e no contexto que remete ao modelo de Estado que funda e projeta. A opção para sua realização não está na adoção de uma doutrina que entende a Constituição brasileira como um conjunto de valores que podem ser ponderados ou derogados. Mas sim, na aceitação da normatividade da Constituição, que pode se utilizar da proposta juspositivista do *garantismo* e ir além disto, avançando por meio da construção de uma teoria adaptada ao *sentido ideológico do comando político-jurídico da Constituição Brasileira*.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Garantismo estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-30.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-80, 1999.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. **Derecho y razon practica**. México: Fontamara, 1993.

_____. Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p. 31-47.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco; poética**: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores, 2).

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enuniados jurídicos. Barcelona: Ariel, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004.

BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e terra, 1987.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. As relações entre direito, moral e política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann, In: SANTOS, Rogeria Dutra (Org.). **Direito e política**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAGIOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (Neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003b.

_____. El derecho constitucional como um compromisso permanentemente renovado. **Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario**. Murcia, n. 10, p. 7-64, 1998. Entrevista concedida a Eloy García.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito constitucional geral**: uma perspectiva luso-brasileira. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, 3).

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FASSÒ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

_____. **Storia della filosofia del diritto**: ottocento e novecento. Bari: Laterza, 2001. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Vitor; COURTS, Christian. **los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 9-14.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**: debate com Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna

Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 201-212.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012a. p. 13-56.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012b. p. 231-254.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: uma conversación. Madrid: Trotta, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDENTHAL, Jack Harlan; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. St. Paul: West Publishing, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporâneo**. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif**: essai critique. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do estado**. São Paulo: Saraiva, 1962.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho**. Tradução de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares, 1999.

_____. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**: introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**, Brasília, n. 36, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. (Debates, 115).

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**/Ferdinand Lassalle. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LUHMANN, Niklas. La constitution comme acquis évolutionnaire. **Droits**: Revue Française de Théorie Juridique, Paris, n. 22, 1995.

MACHIARELLI, Niccolò di Bernardo dei. **O príncipe/Maquível/texto integral**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MAFREY, Aldo. Fisiocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

MALBERG, Carré. A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais. In: Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. v. 1.

MIRANDA, JORGE. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. **Do espírito da leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTA, Carlos Guilherme. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Ed. Moderna, 1996.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá ... : reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

PILATTI, Adriano. Limites e avanços da constituição de 1988. In: LESBAUPIN, Ivo; PEPPE, Atílio M. (Org.). **Revisão constitucional e estado democrático**. São Paulo: Loyola, 1993.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RÉMOND, René. **O século 20, de 1914 aos nossos dias**. São Paulo: Cultrix, 1976.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: RUBIO LLORENTE, Francisco; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Estudios sobre jurisdicción constitucional**. Madrid: McGraw-Hill, 1998. p. 156-170.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2. ed. México, D.F: Fontamara, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 25, n. 55, 2002.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **De la vocacion de nuestro siglo pra la legislacion y la ciencia del derecho**. Tradução de Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán**: compilación de sentencias. Tradução de Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (Modelo Americano-Modelo Europeo-Kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, out./dez. 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115-143.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&P, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 59-94.

TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: lei, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2007.